تحرير المجلة

من مؤلفات

الامام

المصلح آية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران

« قم »

جلد اول قسم (۲)

بسم الله الرحمن الرحیم

تحریر المجله

کاتب:

محمد حسین آل کاشف الغطاء

نشرت فی الطباعة:

مکتبة المرتضویه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

تحرير المجله المجلد ۲

اشاره

شماره بازیابی : ۵۱-۸۱۰۶۰

وضعیت نمایه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پدیدآور : تحریر المجله، تالیف آیهاله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المکتبه المرتضویه.۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

اشاره

الكتاب الأول

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

كلمه امام المقصود

ذكرنا اننا لما وجدنا مجله (الأحكام العدليه) هى المرجع الأعلى و التى عليها المعول من زمن الأتراك إلى اليوم ليس فى خصوص العراق بل فى عامه الأقطار العربيه و غيرها، و وجدناها لأول نظره فى أشد الحاجه الى التنقيح و التحرير كتبنا (الجزء الأول) و أجزنا للمطبعه نشره و تقديمه إلى (كليه الحقوق) و اساتذتها الاعلام و سائر علماء الحقوق و الفقه و نقباء الشرع و القانون و كافه رواد العلم و التحقيق من الطلاب و المعلمين و كانت محتويات (الجزء المتقدم) لا تعدو ان تكون واحده من ثلاث شرح. أو انتقاد. أو استدراك. يعنى شرح بعض مشكلاتها، و الإيماء الى عثراتها، و ضم بعض موادها إلى أخواتها و ليس الغرض من كل ذلك سوى ان نسد فراغاً و نكمل نقصاناً و نستدرك فائتاً، إتماماً للفائده، و إعظاماً للمنفعه فان أجدت فيما افدت فالمنه للّه وحده، و الا فيكفى حسن النيه، و سمو المقصود، و ما توفيقى إلا باللّه عز شأنه و من عنايته استمد التوفيق لإتمام بقيه الاجزاء على النهج المتقدم أو أقوم قيلا، و انهج سبيلا، و قصار انا ان التمحيص و النقد أحب إلينا فيما نكتب من الإطراء و الحمد.

[تتمه کتاب البیوع]

الباب الثالث فی بیان المسائل المتعلقه بالثمن

الفصل الأول فی بیان المسائل المترتبه علی أوصاف الثمن و أحواله

[ماده: ۲۳۷] تسمیه الثمن حین البیع لازمه، فلو باع بدون تسمیه ثمن کان البیع فاسداً

هذا الحکم ضروری بعد الذی عرفت من ان البیع مبادله مال بمال یعنی انه نسبه و اضافه بین مالین و هل یعقل تحقق الإضافه بدون طرفین و کذا لو کان فعلا و انفعالا فإنه فعل یتعلق بشیئین و جعل أحدهما مکان الآخر و علیه فحق التعبیر ان یقال: لو باع بغیر ثمن لم یقع بیع، لا انه کان فاسداً و قد تکرر بیان ان الثمن و المثمن من مقومات البیع و أرکانه نعم لو کان الثمن مجهولا کان بیعاً و لکنه فاسد، فتدبره کما فی.

(ماده: ۲۳۸) یلزم ان یکون الثمن معلوماً.

و قد عرفت اعتبار المعلومیه فیه و فی المثمن فی خمسه أمور. الوجود و الحصول و الجنس و الوصف و القدر. فلو حصل الجهل بشی ء منها کان البیع فاسداً.

(ماده: ۲۳۹) إذا کان الثمن حاضراً فالعلم به یحصل بمشاهدته و الإشاره الیه و ان کان غائباً یحصل ببیان مقداره و وصفه.

المشاهـده لاـ تكفى إلاـ إذا كـان الثمن أو المثمن غير مكيـل و لاـ موزون و لا معـدود و قـد تقـدم انه لو باع صبره حنطه لا يعلم مقـدارها فـالبيع عنـدنا باطـل و مثله الكلام فى الثمن فلو اشترى منه وزنه حنطه بقبضه دراهم لا يعلم عـددها كان باطلا، نعم عند أرباب (المجله) الذين يجوزون بيع الجزاف يكون صـحيحاً و لكن لا معنى حينئذ لقولهم فى الماده السابقه و أمثالها مما سبق انه (يلزم ان يكون الثمن معلوماً) و دعوى انه يصير بالمشاهده معلوماً واضحه المنع، فليتدبر.

(ماده: ۲۴۰) البلد الذى يتعدد فيها نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شى ء بكذا دينار و لم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً.

هـذا صـحيح و الفسـاد جـاء من جهه الجهـاله و لكن ينـاقضه حكمهم فى المـاده اللاحقه (۲۴۱) إذا جرى الـبيع بعـدد معلوم من القروش كـان للمشترى ان يؤدى الثمن من اى نوع شـاء إلـخ .. إذ لاـ فرق فى ذلـك بين القروش و الـدنانير إذا كانت أنواع كل منهما رائجه غير ممنوع تداولها سواء كانت متحده القيمه أم لا.

(ماده: ۲۴۲) إذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشترى ان يؤدى الثمن من نوع النقود التى وصفها.

مثلا- لو عقد البيع على ذهب مجيدى أو انكليزى إلخ لزم ان يؤدى من النوع الذى وصفه.

هذا أيضاً صـحيح و من الغريب ما فى ماده «۲۴۳» لا يتعين الثمن بالتعيين فى العقـد مثلا- لو أدى المشترى للبائع ذهباً مجيدياً فى يده ثم اشترى بذلك الثمن شيئاً لا يجبر على أداء ذلك الذهب بعينه بل له ان

يعطى ذهباً مجيدياً من ذلک النوع غير الذى أراه إياه.

إذا كـان البيع من حيث الثمن شخصـياً فلاـ إشـكال فى انه يتعين و إذا لم يـدفعه بعينه كـان للبائع الفسـخ، نعم لو كان كلياً فله ان يـدفع اى فرد شاء من ذلک النوع و لا يتعين الـذى كان فى يده، و من هنا يعرف الحال فى ماده «۲۴۴» فإن البيع ان كان شخصياً تعين مـا شـخصه من الليرات مثلاـ أو أبعاضـها و ان كـان كلياً كان له دفع الأبعاض الا ان تنقص قيمتها عن الكل مثلا- إذ اشترى بخمسه دنـانير فله ان يـدفع عشـرين ربع دينـار الاـ ان يكون قيمتهـا أقـل من خمسه دنـانير مجتمعه كمـا يتفق ان الفرط مبـذول و المجتمع عزيز و هو يختلف باختلاف الأزمان و البلدان و غيرها، فليلاحظ.

الفصل الثانى فى بيان المسائل المتعلقه بالبيع بالنسيئه و التأجيل

اشاره

قد سـبق ان إطلاق العقد يقتضى كون الثمن نقداً و هذا هو الأصل فى العوضين كما فى ماده (۲۵۱) و كان حقها ان تتقدم الا ان يقيد أو يكون عرف يقتضـى التأجيل كما فى تلک الماده ثم ان جعل المثمن مؤجلا فهو السـلم و ان جعل التأجيل فى الثمن فهو النسيئه كما فى ماده (۲۴۵) البيع مع تأجيل الثمن و تقسـيطه صـحيح و يجرى هـذا فى الكلى و فى الأعيان فيجوز ان يجعل الثمن عيناً من النقود أو غيرها و يشترط تأجيل دفعها الى سنه أو أقل أو أكثر و يلزم فى النسيئه تعيين المده

و ضـبطها بالأشـهر أو السنين كما فى قوله تعالى (إِلىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى) فإذا جعله لمده غير معلومه كمجى ء الحاج أو هبوط الأمطار أو نحـو ذلـك بطـل الـبيع من أصـله لبطلاـن ركنه و هو الثمن و منه يعلم مـاده «٢٤٧ و ٢٤٨» و من الجهـاله المفسـده ان يشترط المشترى دفع الثمن للبائع إذا باع ما اشتراه من الغير.

(ماده: ٢٤٩) إذا باع نسيئه بدون مده تنصرف المده إلى شهر واحد فقط

يصـح هـذا ان كان هناك عرف خاص فى بلـد المتبايعين بحيث ينصـرف الإطلاق اليه و الا فهو ممنوع أشـد المنع و لا فرق بين الشهر و اليوم و السنه فيكون باطلا.

(ماده: ٢٥٠) يعتبر ابتداء مده التأجيل و التقسيط المذكورين فى عقد البيع من وقت تسليم المبيع

فلو حبسه البائع سنه اعتبر أول السنه التى هى الأجل من يوم تسليم و للبائع حينئذ ان يطالبه بالثمن الى مضى سنه من وقت التسليم أو سنتين من حين العقد.

هـذا محل منع بل مقتضـى القاعـده اعتبار الابتـداء من حين العقـد سـيما مع اشتراط تأجيل تسـليم المبيع أو التماهل فى قبضه من المشترى الا ان يكون عرف خاص هناك، فليتدبر.

الباب الرابع فی بیان المسائل المتعلقه فی الثمن و المثمن بعد العقد

اشاره

و یشتمل علی فصلین

الفصل الأول فی بیان حق تصرف البائع و المشتری بالمبیع بعد العقد و قبل القبض

(ماده: ۲۵۲) البائع له ان یتصرف بثمن المبیع قبل القبض مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له ان یحیل بثمنه دائنه.

الثمن اما ان یکون کلیا فی الذمه أو یکون عینا شخصیه فإن کان کلیا جاز ان یتصرف البائع به قبل قبضه و تعینه بان یبیعه أو یهبه من المشتری أو غیره غایته ان هبته للمشتری إسقاط و له ان یحیل دائنه علیه فیصیر المشتری مشغول الذمه لدائن البائع و لا یعقل هنا التلف قبل القبض اما لو کان عیناً شخصیه فإن تلفت قبل القبض کان التلف علی المشتری کما عرفت سابقاً و ینحل العقد کما فی تلف المبیع قبل القبض و مع وجودها فللبائع أن یتصرف بها کیف شاء قبل القبض و بعده لأنه قد ملکه بالعقد و لا تتوقف ملکیته علی قبضه.

نعم هی ملکیه متزلزله و لکنها لا تمنع من التصرف و بالتصرف تکون مستقره و لازمه کلزومها بالقبض.

(ماده: ٢٥٣) للمشترى ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقارا و الا فلا.

لا فرق عندنا فى صحه تصرفات المشترى فى المبيع قبل القبض بين ان يكون عقاراً أو غيره كما عرفت من تحقق الملكيه بمجرد تماميه العقد و هى كافيه لصحه التصرف و أقصى ما يتصور فى الفرق بين العقار و غيره ان العقار لا يعرضه التلف قبل القبض غالباً فتكون الملكيه مستقره بخلاف غيره و لكنك خبير ان هذا على فرض تسليمه لا يمنع من التصرف لان مصحح التصرف هو مطلق الملكيه لا الملكيه المطلقه و هو واضح.

نعم قد تقدم فى بعض المواد ان الطعام بل مطلق المكيل و الموزون ورد النهى عن بيعه قبل قبضه و عمل أكثر أصحابنا بذلك و اختلفوا بين قائل بالتحريم فقط و بين قائل بالفساد أيضاً، و هذا أمر تعبدى و القواعد لا تقتضيه، فليتدبر.

الفصل الثانى

(ماده: ٢٥٤) للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد

فالمشترى إذا قبل فى مجلس البيع الزياده كان له حق المطالبه بتلك الزياده و لا تفيد ندامه البائع فلو اشترى عشرين بطيخه بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع أعطيك خمساً اخرى و قبل المشترى هذه الزياده فى المجلس أخذ خمساً و عشرين بطيخه بعشرين قرشاً، اما لو قبل بعد المجلس فلا يجبر البائع على إعطاء الزياده.

هذا حكم كيفى و قول خرافى لا ينطبق على شـى ء من الأصول و القواعد فان العقد إذا تم و وقع على صوره فقد انتهى كل شى ء و ليست الزياده الخارجه عن العقـد الا وعـد مسـتقل له ان يفى به و له ان لا يفى، نعم حيث انهما ما داما فى مجلس العقد لهما خيـار المجلس فيمكنهما حل العقـد الأول و إيقاعه جديـداً بصـيغه أخرى على الخمسه و عشـرين فيجب الوفاء به و لكنه خلاف الفرض فليتـدبر و مثله الكلام بعينه فى ماده «٢٥٥» من انه للمشترى زيـاده الثمن و انه ملزوم بها و ان وقع العقـد على أقل منها، و الجميع جزاف فافهم ذلك.

(ماده: ٢٥٦) حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح و معتبر فى موضع جازت فيه الزياده إلخ

جميع هـذه المواد من هـذه الماده إلى آخر هذا الفصل ماده (٢٦١) لا مجال لها عندنا معشـر الإماميه أصـلا و العقد يلزم على ما وقع عليه من مقـدار الثمن و المثمن لا يزيـد بعـد العقد و لا ينقص سواء حصل التقابض بينهما أم لا، و ليس الحط من الثمن بعد العقـد أو الزياده فيه أو فى المثمن إلا هبه للزائد أو إسـقاط من الثمن المسـمى اى إبراء و هكذا، اما العقد الواقع الجامع للشـرائط فلا- يتغير و لا- يتبـدل عمـا وقـع عليه و لا- يحول و لا- يزول، نعم يمكن إزالته بالفسـخ من جهه خيـار المجلس أو غيره من أنواع الخيارات و يعقـدون عقداً آخر على الزائد أو الناقص، و ليس البيع بعد وقوعه يبقى كيفياً يتلاعب المتبايعان به كيف ما أرادا بل هو أمر إلزامى و تعهد دائمى، و عليه فقد سقط البحث فى جميع تلك المواد المبنيه على هذا

الأساس المتلاشی فتدبره جیدا.

و یـترتب علی مـا ذکرنـاه من ان دفع الزیـاده فی الثمن أو المثمن یکون هبه ابتـدائیه ان له الرجوع فیهـا فی المجلس و بعـده قبل القبض و بعده الا ان یکون هناک أحد الملزمات للهبه المعروفه، اما حط بعض الثمن أو کله فقد عرفت انه إسـقاط و إبراء و انما یتحقق هـذا حیث یکون الثمن کلیاً فی الـذمه امـا لو کـان عینـاً خارجیه فلا معنی للحط أصـلا، و لعل الی بعض هـذا تشـیر ماده (۲۶۰) فتأملها جیداً.

(الباب الخامس) فی بیان المسائل المتعلقه بالتسلیم و التسلم

اشاره

و فیه سته فصول

الفصل الأول فی حقیقه التسلیم و التسلم و کیفیتهما

(ماده: ۲۶۲) القبض لیس بشرط فی البیع

قد مر علیک ان العقد هو الإیجاب و القبول و إذا حصلا بالشرائط المعتبره فقد صار المبیع للمشتری و الثمن للبائع فیجب علی کل منهما ان یدفع الی الآخر المال الذی انتقل الیه فالقبض و الإقباض أی التسلیم و التسلم من آثار العقد و ثمراته لا من أرکانه و مقوماته إلا فی موارد مخصوصه للدلیل الخاص کبیع الصرف بالنسبه إلی النقدین و بیع المسلم بالنسبه إلی الثمن و الهبه فإن القبض فی هذه الموارد رکن لا تحصل الملکیه إلا به بخلاف سائر أنواع البیوع فإنها تحصل بالعقد و یکون المبیع فی ید البائع کأمانه یجب دفعها الی صاحبها و هکذا الثمن عند المشتری، و قد سبقت الإشاره إلی انه لیس أحدهما أولی بالمبادره بالدفع من الآخر فان تبرع أحدهما أو سبق وجب علی الآخر الدفع و ان تشاحا أجبرهما الحاکم علی التقابض و توهم بعض انه یجب علی المشتری متی تم العقد ان یسلم الثمن إلی البائع أولا ثم یسلم البائع المبیع الیه کما نصت علیه (المجله)

هنا، و بعضـهم عكس فأوجب على البائع تسـليم المبيع حتى يسـتحق قبض الثمن، و الحق ما عرفت من عدم ترجيح أحدهما على الآـخر بعـد حصول الملكيه لكـل منهمـا دفعه واحـده و لكـل من الوجهين اعتبارات ظاهره و لكنها غير معتبره كما لا يخفى على المتدبر.

(ماده: ۲۶۳) تسليم المبيع يحصل بالتخليه و هو ان يأذن البائع للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشترى إياه

هـذه المسأله (اعنى مسأله القبض) من مهمات مسائل البيوع أو أمهاتها و قد شاع فى كلمات فقهاء الفريقين ان القبض هو التخليه و هو من الغرابه بمكان فإن التخليه سواء من البائع للمبيع أو من المشترى للثمن غير القبض فكيف يفسر عمل شخص بفعل الآخر فتخليه البـائع مبيعه غير قبضه للثمن و قبض المشترى غير تخليه بين البـائع و بين الثمن ثم ان التخليه أشـبه بـأمر عـدمى فإنها عباره عن عـدم المنع أو عـدم المـانع فكيف يكون تفسـيراً للقبض الـذى هو أمر وجودى و هو التسـلم و التسـليم و «الحاصل» ان كلام الفقهاء فى التخليه مشوش لا يكاد يتضح وجهه و قد جرت (المجله) على هذا المجرى من غير إمعان و تمحيص، و تحقيق المقام ان كلا من البائع و المشترى يلزمه قبض و إقباض (أى يلزم البائع تسليم المبيع و تسلم الثمن، و يلزم المشترى تسليم الثمن و تسلم المبيع) حيث لاـ يكون كـل منهما مقبوضاً أو بحكم المقبوض كما فى الـدين و نحوه، و لكن القبض و الإقباض و ان شـئت فقل التسليم و التسلم من كل منهما يختلف باختلاف ما يقع عليه البيع فقد يتحقق الإقباض بالتخليه و الاذن فقط و قد

لا يتحقق الا يوضعه فى يده أو فى صندوقه كما ان القبض قد يحصل بصرف علمه بالتخليه و قد لا يحصل إلا بأخذه بيده و بين هذين الحدين أنواع و اشكال يتحقق بها القبض و الإقباض و تندرج أنواع القبض تحت عنوان واحد و هو الاستيلاء على الشى ء و السلطنه عليه كما يجمع جميع أنواع الإقباض التسليط و التمكين فقد يتحقق التسليط بصرف التخليه و قد يحتاج معها إلى شى ء آخر، و لما اختلفت الأنواع المحققه للقبض و المحققه للإقباض اختلفت تعبيرات الفقهاء و كل واحد نظر الى جهه و ناحيه فعبر بها حتى بلغت الأقوال فى بيان القبض حسب ما ذكره بعض اعلامنا المتأخرين على ما اتخطره إلى ثمانيه و عند التحقيق فهى من باب اشتباه المصداق بالمفهوم و لكل من القبض و الإقباض مفهوم انما الاختلاف و التعدد فى محققاته و مصاديقه المختلفه فاقباض أراضى الزراعه هو تخليتها و اعلام المشترى بتفريغها و هذا محقق لإقباضها و تسليط البائع كما ان علم المشترى و سكوته محقق لتسلمها و قبضها سواء تصرف فيها ببعض أنواع التصرف أم لا- و لكن هذا المقدار لا يكفى فى مثل الدار أو الدكان و الخان بل و البستان حتى يدفع اليه المفتاح مثلًا كما ان علم المشترى بتفريغها لا يكفى فى تسلمه و قبضه حتى يأخذ المفتاح أو يتصرف بنحو من التصرفات و هكذا الى ان يصل الأمر فى مثل الأمتعه و الدراهم و الدنانير التى لا يكفى فى إقباضها رفع اليد عنها بل لا بد من وضعها بين يدى المشترى، و تسلمه لها ان يقبضها بيده أو يضعها فى جيبه و نحو ذلك كما ان الدابه إقباضها دفع زمامها و تسلمها أخذ الزمام أو الركوب أو سوقها امامه أو أخذ اذنها و أمثال ذلك، و هكذا الكلام

فی المکیل و الموزون و لکن ثبت بالأدله الخاصه أن کیل الطعام قبض یعنی ان المشتری إذا قال للبائع کل لی وزنه حنطه فکالها کان ذلک بمنزله قبض المشتری فلو تلف بعد الکیل کان تلفها علیه لا علی البائع و لو لا الأدله الخاصه لم نقل بأنه قبض بل قبض الطعام و المتاع عرفاً هو نقله و حمله من مکان البائع إلی مکان آخر یختاره المشتری و علی کل فالقبض الذی یترتب علیه ذلک الأثر المهم و هو برأیه البائع من الضمان هو عباره عن التسلم و الاستیلاء الذی هو فعل المشتری لا التخلیه التی هی من فعل البائع.

و «المراد» من القبض هنا هو القبض العرفی لا اللغوی الذی هو الإمساک بالید و لیس للشارع فیه اصطلاح خاص قطعاً فما هو الا القبض العرفی الذی قد عرفت جوهر معناه و جامع افراده، نعم یبقی الإشکال فی موارد الشک فی تحقق القبض و لا ریب ان الحکم هو عدم ترتب آثار القبض بمقتضی الاستصحاب، مثلًا- إذا اشتری مائعاً من دهن و نحوه و أخذ البائع یصبه فی وعاء المشتری فاتفق ان عرض للإناء ثقب فی أسفله و صار الدهن یسیل فی الأرض من غیر علم و لا تفریط ففی مثل هذا یقع الشک فی تحقق القبض و عدمه نظراً الی ان صبه فی إناء المشتری تسلیم فلا ضمان علیه أوان استیلاء المشتری لم یحصل بعد فهو تلف قبل القبض فیکون علی البائع، و مثله لو قال بایع الدابه للمشتری: خذها، و أرسل الزمام من یده و قبل ان یأخذها المشتری أو یرکبها شردت أو ماتت، و أقصی مبالغ الدقه فی هذه

الفروع و الفروض ان يقال: ان برأيه البائع من الضـمان هل هى منوطه بتسـليمه فقط أو بتسليمه و تسلم المشترى أيضاً أو ان تسلم المشترى يحصل بمجرد تسـليط البائع و تمكينه أو يحتاج إلى عنايه منه بتصـرف أو استيلاء أو نحوه و حل هـذه العقده و ان كان لا يخلو من صـعوبه و تحتاج الى مزيد تتبع و استقراء للنصوص و كلمات الأصحاب و لكن من البعيد جداً اناطه ضمان شخص و عدمه بعمل شخص آخر و عدمه فتدبر ذلك.

امـا قبض البعض فلاـ ريب فى انه يترتب عليه حكمه فـإذا تلف البـاقى فى يـد البـائع كان عليه ضـمانه و يثبت بعـده خيار تبعيض الصـفقه و جميع مواد هـذا الفصل تعود واضـحه بعـد البيان المتقـدم، نعم الماده الأخيره (۲۷۷) قبض المشترى المبيع بـدون اذن البـائع قبـل أداء الثمن لاـ يكون معتبراً الاـ ان المشترى لو قبض بـدون الاـذن و هلـك فى يـده أو تعيب يكون القبض معتبراً، فيها إجمال و تعقيد مخل بالغرض المقصود، و تحريرها- أنه لما كان من المعلوم ان الغرض من تسليم البائع المبيع هو حصوله فى يد المشترى و لذا لو كان فى يده قبل البيع بعاريه أو وديعه سـقط وجوب التسـليم فكذا لو قبضه المشترى بدون اذن البائع و تسـليمه فقـد حصـل الغرض المهم من التسـليم و هو الحصول فى يـد المشترى و سـقط الضـمان عن البائع و صار تلفه على المشترى فقد صار هـذا القبض معتبراً من هـذه الناحيه (أى ناحيه سـقوط الضـمان)، ثم ان هذا القبض العارى عن الاذن ان كان بعد دفع الثمن إلى البائع فهو قبض معتبر من جميع الجهات و جميع

تصـرفات المشترى فيه تكون صحيحه نافذه، اما لو كان قبل دفع الثمن فالقبض المزبور و ان كان معتبراً من حيث إسقاط الضمان و لكنه غير معتبر من حيث نفوذ تصـرفات المشترى فيه فلو بـاع أو رهن أو وهب وقف على إجـازه البائع لأن له حق حبسه الى ان يقبض الثمن فيكون تصـرفات المشترى موقوفه لأنها وقعت على متعلق حق الغير فهى أشبه بالفضولى و بيع الراهن للعين المرهونه و ان لم تكن منه.

هكذا ينبغى ان تحرر المسائل و للّه المنه وحده.

الفصل الثانى فى المواد المتعلقه بحبس المبيع

خلاصه هـذا الفصل قـد تقدمت فى الأبواب السابقه حيث أوضـحنا ان المشترى له ان يحبس الثمن حتى يقبض المبيع و للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن فـان تبرع أحـدهما فبـادر الى التسـليم وجب على الآـخر الـدفع و سـقط حق الحبس و ان تشـاحا أجبرهما الحاكم على التقابض، و حق الحبس طبعاً انما هو فى غير بيع النسـيئه بالنسبه إلى الثمن و فى غير بيع السلف بالنسبه إلى المثمن و فى غير الموارد التى يكون الثمن مقبوضـاً للبـائع أو المبيع مقبوضاً للمشترى و إذا بادر أحـدهما بالتسـليم فان دفع الثانى فذاك و إلا فله استرجاع ما دفع لان حق حبسه لم يسـقط بالكليه بل سقوطه مراعى بدفع الآخر فإذا لم يدفع كان له الاسترداد إلا إذا صرح بإسقاطه مطلقا

و بهذا تظهر الخدشه فی ماده (۲۸۱) إذا سلم البائع المبیع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه و لیس للبائع ان یسترد المبیع من المشتری، و باقی المواد واضحه.

الفصل الثالث فی حق مکان التسلیم

تحریر هذا الفصل ان المتبایعین ان علم کل منهما ان المبیع الشخصی فی محل غیر بلد العقد و أطلقا البیع فالإطلاق یقتضی تسلیمه فی محل المبیع الا ان تکون هناک قرینه أو عرف خاص یقتضی خلاف ذلک، و ان جهل کل منهما ذلک أو جهل المشتری فإطلاق العقد یقتضی تسلیمه فی بلد العقد کما لو کان کلیاً و الا کان للمشتری الخیار فیهما، هذا کله مع الإطلاق و الا فالشرط هو المتبع و ما ذکرناه هو حاصل المواد الثلاث (۲۸۵، ۲۸۶، ۲۸۷) و من الغریب هنا الذی لا یعرف وجهه ما نقله بعض الشراح عن بعضهم من أنه- إذا باع البائع الحنطه و هی فی أرضه و اشترط تسلیمها فی مکان معین صح البیع و لزمه تسلیمها حیث شرط الا إذا اشترط حملها و نقلها الی دار المشتری فان ذلک یفسد البیع انتهی.

اما الثمن فان کان کلیاً و أطلق فحقه التسلیم فی بلد العقد و ان کان شخصیاً فمثل ما تقدم فی المبیع الشخصی و یکون الخیار للبائع مع جهله، فتدبره.

الفصل الرابع فی مئونه التسلیم و لوازم إتمامه

لیس فی هذه الناحیه من البیوع قاعده مطرده یمکن الاعتماد علیها بقول مطلق و إیکال ذلک الی عرف البلد فی غیر موارد الشرط أتقن و أحسن کما فی ماده (٢٩١) و حیث یکون هنالک عرف خاص أو عام أو شرط فلا إشکال إنما الإشکال حیث لا یکون هناک شی ء من تلک الأمور التی یصلح الاعتماد علیها و تشاحا فیمکن ان یجعل المناط ان کلما یتعلق بالمبیع فهو علی البائع و کلما یتعلق بالثمن فهو علی المشتری و أحسن من ذلک ان یجعل المدار علی المصلحه و المنفعه فإن کانت للبائع فمصارفه علیه و ان کانت للمشتری فعلیه و یعرف صاحب المصلحه بطلبها و ان کانت لهما فعلیهما و لعل منه ما شاع فی هذه العصور من ان اجره کتابه الأوراق و السجلات و الطوابع بل و تسجیل البیع فی (الطابو) کله علی المشتری لأنه لمصلحته و إتقان ملکیته و هذه الضابطه و ان لم تکن مطرده کلیه فلا إشکال فی أنها توافق الغالب و لا یشذ منها الا النادر.

الفصل الخامس فی بیان المواد المترتبه علی هلاک المبیع

اشاره

تکرر ذکر هـذا الحکم المسـتفاد من النبوی (کـل مبیع تلف قبـل قبضه فهو من مـال بـائعه) و قـد مرت الإشاره إلیه قریباً فی ماده (۲۷۷) و قـد ذکرنـا فی الجزء الأول معنی هـذه القضـیه و تطبیقها علی القواعـد و ان التلف یکشف عن انفساخ العقـد قهراً حتی یرجع المبیع قبـل التلف الی ملـک البـائع و یکون تلفه منه و مثله تلف الثمن و القاعـده الکلیه هنـا هکـذا- کـل مال تلف فی ید مالکه قبل العقد فهو علیه کما ان تلفه بید من ملکه بالعقد یکون علیه.

(ماده: ۲۹۵) إذا قبض المشتری المبیع برضا البائع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن لیس للبائع استرداد المبیع بل یکون مثل الغرماء

اتفقت الإمامیه أن المفلس الذی لا تفی أمواله بدیونه و حکم الحاکم بمنعه من التصـرف فی أمواله لیقسـمها علی الغرماء بالنسبه فتوزع أمواله بالحصـص الا الغریم الذی یجد عین ماله فإنه یأخذها عیناً و لا یضرب مع الغرماء و هذا و ان کان مخالفاً للقواعد و لکن النصوص و الفتـاوی متطابقه علیه و یکون لازم ذلک انفساخ العقـد کقضـیه التلف قبل القبض، اما إذا مات الرجل و کانت ترکته لا تفی بدیونه و وجد بعض الغرماء عین ماله فإنه لا حق له بأخذها بل یضرب مع الغرماء، نعم لو کانت أمواله تفی بدیونه

فله أخذ عین ماله إذا أراد، و منشأ الفرق هو النصوص الخاصه عندنا و عباره (المجله) مطلقه و الحق هو التفصیل کما ذکرناه.

الفصل السادس فیما یتعلق بسوم الشراء و سوم النظر

هـذه القضـیه لیست من مسائـل الـبیوع و لکنهـا من هوامش الـبیع و رتوشه و هی مسـأله مهمه و تعرف عنـدنا بمسـأله «المقبوض بـالسوم» و حاصـل مـا افادته (المجله) ان المقبوض بالسوم (ای ما قبضه إنسان من المالک لینظر فیه) فاما ان یشتریه بالثمن الـذی اتفقـا علیه أو برده فلو اتفق أنه انه تلف فی یـد القـابض فـإنه مضـمون علیه لاـ بالثمن الـذی اتفقا علیه لعـدم وقوع العقـد حسـب الفرض بـل بالمثـل ان کـان مثلیاً و بالقیمه ان کان قیمیاً، و لا فرق عنـدنا فی الضـمان بین ان یعینا قیمته أم لا فما ذکرته (المجله) بقولها (اما إذا أخـذه بـدون ان یبین و یسـمی له ثمناً کان ذلک المال امانه فی ید المشتری فلا یضـمن إذا هلک أوضاع بلا تعد مثلًا- لو قـال البـائع للمشتری ثمن هـذه الـدابه ألف قرش اذهب بهـا فـإن أعجبتـک اشترها فأخـذها لیشتریها فهلکت لزمه قیمتها للبـائع، امـا إذا لم یبین الثمن بـل قال خـذها فإن أعجبتک اشترها فأخـذها علی انه إذا أعجبته یقاوله و یشتریها فبهـذه الصوره إذا هلکت بلاـ تعـد لاـ یضـمن) لاـ وجه له علی التحقیق لوحـده ملاک الضـمان و هو قاعـده الیـد و من الوهم الزائف تخیل انها فی الصوره الثانیه

امانه فان البائع لم يقصد دفعها له بصفه الامانه و الوديعه، و قد سبق أول قواعد [المجله]- ان الأمور بمقاصدها- و القصارى ان كل إنسان قبض مال غيره ليشتريه سواء اتفقا على قيمته أم لا فهو مقبوض بالسوم و مضمون على القابض بقاعده اليد، فتدبره جيداً.

نعم لو برء القابض الذى يريد النظر للشراء من عهده الضمان و رضى المالك فلا ضمان لو تلف بغير تعد لان المالك قد أسقط حقه و لكنه مبنى على صحه إسقاط ما لم يجب كصحه ضمانه و هو محل بحث و نظر و ان كان الأصح عندنا صحته و مما ذكرنا يظهر البحث فى ماده (۲۹۹) ما يقبض على سوم النظر و هو ان يقبض مالا لينظر اليه أو يريه لآخر سواء بين ثمنه أم لا فيكون امانه فى يد القابض فلا يضمن إذا هلك بلا تعد فان المقبوض على سوم النظر ان قبضه لينظر فيه ليشتريه فهو من المقبوض بالسوم يضمنه مطلقا إذا تلف لانه قبض معاوضه اى مبنى على التعاوض و ان قبضه لا للشراء فلا ضمانه لأنه امانه و كذا قبض الدلال و السمسار لانه وكيل أو شبهه فلا ضمان مع عدم التعدى.

(الباب السادس) فی الخیارات

اشاره

أعلم ان أبواب الخیـار من أهم مبـاحث البیوع و هی المضـمار الـذی یتسابق فیه فرسان الفقاهه و مهره التحقیق، و کثیر من أعلام الإمامیه أفرد لها کتباً مستقله فی التألیف، ذاک لأن فیها المجال الواسع للدقه، و عمق النظر، و براعه الصناعه و التحقیق، حیث انها تبتنی علی مزیج من الأدله من عقل و نقل، و عرف و تقالید، یعنی. شـرع و اعتبار و عاده و علماء الشـرع رضوان اللّه علیهم منا و من الجمهور فی تعـداد أنواع الخیارات بین مقل و مکثر، بین من ذکر ثلاثه و بین من زادها علی عشـرین، و المتوسـطون بین من ذکر سـبعه کما فی (شـرائع) المحقق و بین من اقتصـر علی سـبعه کالشـهید الأول فی (اللمعه الدمشقیه) و «المجله» اقتصرت أیضاً علی سبعه، و حیث ان الأصل و القاعده فی البیع بل فی عامه العقود عدا ما خرج بالنص القاطع هو اللزوم و عدم جواز فسخ العقد بعد وقوعه صـحیحاً مسـتجمعاً بشـرائطه، و لکن إحاطه علم الشارع الحکیم و رعایه الشریعه لدقائق الحکمه اقتضت تشریع الخیار فی العقود اللازمه قلعاً لمواد الفتنه بین البشـر و قطعاً لأمراس الشـجار و الخصومات فیما بینهم فإن الإنسان قـد تـدعوه خاطره الی بیع مـاله فیجری العقـد علیه باختیـاره ثم ینـدم فیتطلب العلـل و التخریجـات من مضایقه العقـد فقـد یحـدث النزاع و الشـجار بین المتعاقدین فشرع الخیار لقطع ماده هذا الشجار، و افساحاً

لمجال التروی و التفکیر فیما هو الصالح. و لکن تدارکا لذلک و لکی لا تذهب مکانه العقد، و تسقط قیمته بالتلاعب، حسب الخواطر و الأهواء جعل الخیار مقیداً بقیود، و محدوداً بحدود، لئلا یقع الاشتمار و الفوضی و تنعکس الآیه، و تنقلب الحکمه.

و مما لاخفاء فیه ان تعدد أنواع الخیار، و اختلاف أسمائه، و تغایر نسبه و إضافاته، انما هو لاختلاف أسبابه، و البواعث التی قضت بجعله بعد ان کان هو خلاف الأصل و العمومات کما عرفت.

و الأسباب کثیره و لکن یجمعها علی التحقیق ثلاثه أنواع فان موجب الخیار اما لأمر یعود الی أحد العوضین کنقص و نحوه، و ذلک کخیار العیب و الغبن و الرؤیه و التأخیر و نحوها و اما لأمر یعود الی العقد من حیث حدوثه، و أصل وجوده، و هو اما ان یکون یجعل الشارع کخیار المجلس و خیار الحیوان، و اما ان یکون بجعل المتعاقدین أو أحدهما کخیار الشرط أو شرط الخیار. و بعباره أوجز ان الخیار اما ان یکون شرعیاً أو طبیعیاً أو وضعیاً فالأول کخیار المجلس و الحیوان، و الثانی کخیار العیب و الغبن و نحوهما فإن طبیعه العقد تقتضیه و الثالث ما یکون بوضع المتعاقدین و جعلهما کخیار الشرط أو شرط الخیار، ثم الخیارات بجمیع أنواعها اما ان یکون الخیار فیها لکل واحد منهما أو لواحد منهما أو لغیرهما منفرداً عنهما أو معهما أو مع أحدهما کما یجوز ان یکون الغیر جماعه أو فرداً مجموعین أو متفرقین علی نحو الاختیار أو الخیار أو الاستیمار، و لکل واحد من هذه الأنحاء احکام شخصیه و آثار ربما یأتی التنبیه علیها فی مواردها إن شاء اللّه

الخيار

الخيـار اسم مصـدر من الاختيـار، و أصـل الماده الخير و ان انـدک لحاظه فی أكثر مشـتقاتها و هو- لغه و عرفاً- معنی يرجع الی حريه الإراده و عدم الملزم بأحد طرفی الفعل و الترک و ان من له الخيار له الأخذ بخير الأمرين من الفسخ و الإمضاء، و- شرعا- سلطنه علی فسـخ العقـد، و أثره رجوع كـل مـال الی صاحبه فی باب المعاوضات و ما يتاخمه فی غيرها- أو حق استرداد العين و أثره و انحلال العقـد و رجوع كـل مـال الی صـاحبه و تظهر الثمره بين الاعتبارين فی مواضع: منها صوره تلف العين فعلی الأول يبقی الخيار لانه حق فی العقـد و أثره حينئـذ يظهر بـدفع المثل أو القيمه و علی الثانی يزول لزوال موضوعه، و لـذا قد يعد التلف من مسقطات الخيار عند بعض كما يسقط حق الرجوع بالهبه عند الجميع.

و «الخيار» حق مالی يصـح نقله و انتقاله كما يصـح إسـقاطه و المصالحه عليه كعامه الحقوق الماليه. و هـذا هو حكمه العام الذی يلحقه من حيث كونه خيـاراً، كما ان لكل واحـد من أنواعه أحكاما تخصه من حيث خصوصـيته مثل كونه خيار مجلس أو خيار حيوان أو غير ذلک.

و حيث ان خيار المجلس مقدم طبعاً علی سائر الخيارات المجعوله شرعا فالأنسب تقديمه وضعاً فنقول قد عرفت ان مستند

(خيار المجلس)

هو الحديث المستفيض عند عامه المسلمين (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و هو و غيره من أحاديثنا الخاصه مستند القول بخيار المجلس عند فقهائنا إجماعا اما فقهاء المذاهب فقد انشطروا فى هذه القضيه شطرين فأنكرته الحنفيه و المالكيه و تأول الأولون الحديث تأويلا- الطرح خير منه كاجتهاد فى مقابل النص حيث قالوا على ما نقل عنهم: خيار المجلس لا يثبت الا بالشرط فإذا ثم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا و انما الذى للعاقد فى المجلس بدون شرط هو خيار القول فإذا قال البائع بعتك فله ان يرجع قبل ان يجيبه المشترى انتهى و يحملون الحديث تاره على ان له خيار المجلس بالشرط و اخرى على ان له الرجوع قبل الإيجاب. و هذا من الغرابه بمكان فان الحديث يقول البيعان بالخيار لا البائع فقط ثم ما معنى اقحام التفرق و تعليق الخيار عليه و «بالجمله» فصراحه الحديث و وضوح معناه كاف فى درهم.

أما «المالكيه» فقد اعترفوا بان الحديث صحيح بل و صريح و لكنهم قالوا ان عمل أهل المدينه على خلافه و عملهم مقدم على الحديث و ان كان صحيحاً و هذا شى ء لا نعرفه و لا ندرى كيف عمل أهل المدينه يطرح الحديث أو ينسخه و عهده ذلك عليهم، و قد زادوا على الحنفيه حيث أفسدوا العقد

مع شرط الخيار فى المجلس و الحنفيه أجازوه اما «الشافعيه و الحنابله» فقد عملوا بالحديث و اثبتوا لكل من المتبايعين بعد تماميه العقد خيارا فى المجلس الى ان يفترقا بالأبدان فإذا افترقا وجب البيع كما فى ذيل الحديث على ما فى بعض الروايات و أفرط الشوافع فى ثبوت هذا الخيار فقالوا لو اشترط عدمه بطل الشرط و العقد لانه من مقتضيات العقد و كل شرط ينافى مقتضى العقد باطل و مبطل و اعتدلت الحنابله كالإماميه و قالوا انه يسقط باشتراط سقوطه فلو قال بعتک بشرط ان لا خيار لأحدنا فى المجلس فقال قبلت صح العقد و الشرط و دعوى كونه منافيا لمقتضى العقد ممنوعه و انما هو مناف لإطلاقه كما سبق تحقيق ذلک فى الجزء الأول و هذا اعنى شرط عدمه أحد مسقطات خيار المجلس عندنا و عند الحنابله كما ان التفرق هو المسقط الثانى و التصرف هو المسقط الثالث عندنا و عند الشافعيه و الحنابله و التلف عند بعض هو الرابع ثم ان الشافعيه قصروا هذا الخيار على عقود المعاوضات بشرط ان يكون العقد مما يفسد بفساد أحد العوضين كالبيع و الإجاره لا النكاح الذى لا يفسد بفساد المهر و ان يكون على عين لازمه فيخرج الإجاره و ان لا يكون التملک قهريا فيخرج الشفعه فينحصر مورده بالبيع المطلق و السلم و الهبه المعوضه و الصلح فى بعض أنواعه.

أما عندنا فحيث ان خيار المجلس من المجعولات الشرعيه لا تقتضيه طبيعه العقد و لا اشترطه المتعاقدان فيتبع فى سعته و ضيقه الدليل و هو يقول «البيعان» فيختص بالبيع و لم يقل المتعاوضان و نحوها حتى يعم.

و كما يسقط هذا الخيار بشرط عدمه فى متن العقد كذلک يسقط

بإسقاطه بعد العقد قبل تفرقهما و لكن المسقط الأعظم لهذا الخيار- هو التفرق من المجلس من المجلس اى مجلس العقد سواء كانا مجتمعين فيه أو متفرقين فى بناء أو صحراء متقاربين أو متباعدين فلو تبايعا واحدهما فى مصر و الآخر فى بغداد بالهاتف و نحوه كان لهما الخيار حتى يقوم أحدهما أو كل منهما من مكانه و كذا لو كان كل واحد منهما على مركوب من دابه أو سفينه أو سياره و جرى العقد بينهما فالخيار ثابت لهما حتى يصدق عرفا افتراقهما و لكن العبره بالتفرق الاختيارى لا القهرى فلو فرق بينهما ظالم قهرا فان منعهما أيضاً من التخاير لم يسقط خيارهما الى ان يزول القهر عنهما فاما ان يفسخا العقد حينئذ أو يمضياه و ان لم يمنعهما و تفرقا بدون فسخ لزم العقد و سقط الخيار و لو أخذ أحدهما قهراً مع منعه و بقى الآخر فى مجلس العقد فهل يبقى خيار كل منهما أو يزول خيارهما معا أو يبقى خيار المقهور دون الآخر وجوه أو أقوال أقربها الأول و لو كان الموجب و القابل واحداً فالمدار لو قلنا بثبوت الخيار و عدم انصراف الدليل عن مثله على قيامه من مجلس العقد، اما لو عقد و هو باق فى مكانه فله ان يفسخ ان كان ذا سلطه على العقد و الفسخ هذه نبذه يسيره من خيار المجلس و احكامه و اختلاف الفقهاء فيه و لعلماء الإماميه فيه أبحاث طويله و تحقيقات جليله، لا مجال لسردها فى هذا المختصر

(الخيار الثانى) خيار الحيوان

و يظهر ان هذا الخيار من مختصات الإماميه لم أجد له ذكرا عند فقهاء المذاهب، و هو أيضا من المجعولات الشرعيه و أحاديث ائمهٔ أهل البيت (ع) به مستفيضه مثل روايه على بن أسباط عن الرضا (ع) الخيار فى الحيوان ثلاثه أيام للمشترى و صحيحه ابن يسار قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثه أيام للمشترى قلت و ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا، و من هنا ذهب الأكثر إلى اختصاص هذا الخيار بالمشترى و تكاد تكون نصاً فيه صحيحه ابن رئاب عن رجل اشترى جاريه لمن الخيار للمشترى أو للبائع أولهما كليهما قال الخيار لمن أشترى نظره ثلاثه أيام فإذا مضت ثلاثه أيام فقد وجب الشراء و لكن ذهب جماعه من الاعلام إلى ثبوته للبائع و للمشترى لصحيحه محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و لعل المراد أن المنتقل اليه الحيوان بايعا كان أو مشتريا ثمنا أو مثمنا يكون له خيار و بهذا يحصل الجمع بين الاخبار كما فى صحيحه أخرى لابن مسلم المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام فإن التعبير بصاحب الحيوان مشعر بعدم الاختصاص بمشترى الحيوان بل يعم بايع ماله بالحيوان و تكون تلك الاخبار خصت المشترى بالذكر لان

الغـالب ان الحيوان مما يشترى لا مما يشترى به و على كل فأصاله اللزوم فى العقود تقضـى بعـدم ثبوت هـذا الخيار لبائع الحيوان بغيره و الاخبار غير واضـحه فيه ان لم تكن واضـحه بخلافه و حكمه هذا الجعل و التشـريع لا تقتضيه فإن الحكمه فى هذا الحكم ان خيـار المجلس لمـا كـان عـاده لاـ يكفى للاطلاـع على خفايـا مزايا الحيوان و خصوصـيات صـفاته فإن مشترى الفرس مثلا لا يمكنه الاطلاع عاده على كونها حرونه أو ذلولا و صـعبه القياد أو سـهله إلى كثير من أمثال هـذا الا باختبارها فى ركوبها و الغاره عليهـا و لاـ يعرف مقـدار أكلهـا و صبرهـا عن المـاء الاـ بيومين أو ثلاث على الأقل فلـذلك جعل الشارع فى الحيوانات أعم من الإنسان كالعبد و الجاريه أو غيره من أنواع الحيوان خيارا زائداً على خيار المجلس افساحا فى المجال لكشف الحال و تفصياً عما يوجب النـدم و تـداركا لمـا يخشـى من التورط و هـذا كله إنما يأتى فى من انتقل اليه الحيوان لا من انتقل عنه و لا يـذهب بك الوهم الى ان خيار العيب يغنى عن هذا الخيار فإن القضـيه هنا ليست قضـيه عيوب أو نقص فى الخلقه بل قضـيه أوصاف تختلف بهـا الرغبـات حسب اختلاـف المشارب و الأذواق فرب شـخص يرغب فى الجاريه السـريعه الانتباه مثلا و رب أخر يكره ذلك و هكـذا و النظائر كثيره و قـد اختلفوا فى ان مبدأ هذا الخيار من حين العقد أو من حين التفرق و على الأول فلو مضت ثلاثه أيام و لم يفترقا زال خيار الحيوان و بقى خيار المجلس و على الثانى لو افترقا بعد ثلاثه أيام كان له ثلاثه أخرى

و على الأول يكون قد انتهى الخيار ان و ظاهر الأدله قد يلوح منها الأول و الاعتبار أدل على الثانى. و يسقط هذا بشرط سقوطه فى متن العقد و بإسقاطه بعد العقد و بالتصرف الدال على الرضا بالعقد و إمضائه لا مطلق التصرف، و الفروع هنا أيضاً كثيره و المباحث واسعه و فيما ذكرنا مع اختصاره كفايه.

الخيار الثالث خيار الشرط

اشاره

و هذا الخيار مما اتفق عليه الفريقان و الأدله عليه عموما و خصوصاً مستفيضه و يكفى من العمومات النبويان (الشرط جائز بين المسلمين) و (المؤمنون عند شروطهم) و أمثالها، و كان حق التعبير ان يعبروا عنه بشرط الخيار لا خيار الشرط لان المراد به هنا ان يشترط الخيار فى ضمن عقد البيع أو غيره بان يقول: بعتك بشرط ان يكون لى خيار الفسخ إلى ثلاثه أيام أو شهر مثلا، فهو عباره عن اشتراط الخيار، اما خيار الشرط فهو عباره عن ان يشترط أحد المتعاقدين على الآخر شرطاً فلا يفى به فيكون له خيار تخلف الشرط فلو قال: بعتك بشرط ان تأتينى يوم الجمعه فقبل و لم يأته يوم الجمعه فإن للبائع الخيار ان يمضى العقد أو يفسخه فحق هذا ان يسمى خيار الشرط اى خيار تخلف الشرط و ما نحن فيه (شرط الخيار) و يعبر بعض فقهائنا عن ذلك بخيار الاشتراط، و مهما كان فالأمر فى التسميه سهل. و المهم هنا (أولًا) ان

تتـذكر مـا مرت الإشـاره إليه سابقـاً من ان الخيـار فى العقـد ليس معنـاه توقف العقـد فى تأثيره الملكيه و النقل على انقضاء زمن الخيار كما قـد ينسب الى بعض أعاظم علمائنا وفقا لبعض علماء الجمهور بل المتفق عليه عنـدنا ان العقـد الصـحيح إذا وقع انتقل المبيع إلى المشترى و الثمن إلى البائع غايته ان صاحب الخيار له ان يفسـخ هـذا العقد و يحله فتعود ملكيه كل مال الى صاحبه و عليه يترتب النماء و المنافع فى المـده بين العقد و الفسخ فان نماء المبيع تلك المده إلى المشترى و نماء الثمن فيها للبائع، نعم لو اشترط كل منهما خلاف ذلك و ان تكون منافع كل مال لصاحبه الأول فيكون كما لو باعه- مسـلوب المنفعه تلك المده أمكن الجزم بالصحه و سيأتى فى ماده (٣٠٨) ما ينافى ما ذكرناه من كون العقد التام هو المؤثر و (ثانياً) ان مده الخيار يجوز ان تتصـل بالعقد فيشترط الخيار له من حين العقد إلى سـنه، و يجوز ان تنفصل فيشترطه فى شـهر بعد سـنه من العقد و لا مانع من صـيروره العقد جائزا بعد لزومه فان الشروط تعمل أكثر من هذا، و «ثالثاً» يجوز ان يشترطا الخيار لواحد منهما أو لكليهما أو لأجنبى معهما أو مع أحـدهما على نحو الاسـتقلال أو الاـشتراک أو المؤامره أى يكون الشـرط ان له الأمر بأن يفسـخا أو يمضـيا لا ان يكون له ذلک بنفسه و الى بعض هذا أشارت (المجله) فى ماده (٣٠٠) يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مده معلومه لكل من البـائع و المشترى أو لأحـدهما دون الآـخر، و أهم ما فى هـذه الماده هو لزوم كون مـده الخيار معلومه بعـدد الأيام أو الأشـهر أو السنين فلو لم يعين بطل الخيار

بـل ربمـا يقـال ببطلاـن العقـد أيضـاً كـل ذلـك للغرر و بيع الغرر باطل قطعاً و ما يقال من ان الغرر موضوع عرفى و ترى العرف بالوجـدان يؤجلون ديونهم و كثيراً من معاملاـتهم الى الحصاد و موسم التمر أو الرز أو غيرهما و لا يعـدونه غرراً و تقـدم العقلاء على مثله فى الكثير من المقامات مدفوع بان المعلوم من مجموع الأدله الشرعيه ان الشارع لا يصحح المعاملات التى يدخلها مثل هـذه الجهاله و يتطلب المعلوميه الحاسـمه لكل مواد احتمال التشاح الخصومه و ان أقدم عليها العرف تسامحاً منهم ثم يقعون فى الخصومه و الندامه و بعد ذلك و قد نراهم يتشاحون فى اليوم أو اليومين فضـلا عن الشـهر و الشهرين فى انقضاء الخيار و بقائه و بقـاء أجل الـدين و انتهائه فهم يتورطون فى البـدء تسامحاً و يتشاحون فى النهايه شـحاً و حرصا و الشارع الحكيم لا يرضـى بمثل ذلـك و أحكامه مبتنيه على الحكمه التامه، و المصـلحه العامه، و اقـدام العقلاء لا يخرجه عن كونه غرراً فإنهم قـد يقـدمون على الغرر استرسالاـ و تختلـف مراتب العقـول و لـذا العاقـل الرصـين لاـ يقـدم على مثـل ذلـك و كم للعقلاـء العـاديين من هفوات و خطيئات هى مثار الفتن و الخصومات و لعل هـذا مراد جدنا (كاشف الغطاء) طاب ثراه حيث يقول «دائره الغرر فى الشـرع أضـيق منهـا فى العرف» و الظـاهر ان مراده أنهـا أضـيق حكمـا و الا فالشارع لا يجوز اى غرر كان و العرف ما أكثر ما يرتكبون مواضـع الغرر، نعم قـد يتسامـح الشـارع فى بعض المواضع التى يتسامـح العرف بهـا أيضـاً مثل اختلاف المكاييل و الموازين و الحبتين و الثلاث و أمثال ذلك مما لا يكون غالباً مثاراً للخصومه و التشاح

و لا ـ يعتنى بنقصه و زيـادته الضـئيله عامه الناس فليس المـدار على مطلق الجهاله بل الجهاله التى يتطرق منها احتمال الخصومه و الجدال و الا فإن مده خيار المجلس مجهوله و لم تقدح جهالتها لأنها ليست مظنه للتخاصم و يؤيد ما ذكرنا من مداقه الشارع فى موارد الجهاله و تشديده فى اعتبار المعلوميه خبر غياث «لا بأس بالسـلم فى كيل معلوم إلى أجل معلوم لا يسلم الى دياس أو الى حصاد» .. مع ان السلم الى الحصاد و الـدياس هو المتعارف عنـد عامه الناس لا سيما الجاهلين بأحكام الشرع، و من هنا يتضح لك عدم الفرق فى الحكم بالبطلان بين عدم ذكر مده أصلا أو ذكر مده غير معينه فيقول: بعتك و اشترطت الخيار لى أو بذكر مـده و لا ـ يعينهـا أصـلا فيقول اشترطت الخيـار لى فى مـده أو يعينها بصـفه مجهوله كمجى ء الحاج و الحصاد و نحوها، و ذهب جمع من علمائنا إلى صحه الصورتين الأوليين و جعل مـده الخيار فيها ثلاثه أيام و ادعوا ورود الاخبار بذلك و لم يعثر الباحثون فى كتب الحـديث و المتخصـصون بعلم الـدرايه و الروايه على خبر واحـد فضـلا عن الاخبـار و لعـل أولئـك حملوه على خيـار الحيوان المقدر فى الأدله بثلاثه أيام و هو قياس لا يعملون به سيما مع وضوح الفرق بين المقامين نعم ورد من غير طرقنا ان حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشـجه اصابته فى رأسه فقال له النبى صـلى اللّه عليه و آله و سلّم «إذا بعت أو ابتعت فقل لا خلابه و جعل له الخيار ثلاثه أيام» و هو كما ترى ضعيف سنده و أضعف من ذلك دلالته فالأصح البطلان فى الجميع.

اما الماده التى بعدها ماده (۲۰۱) كل من شرط له الخيار فى البيع

یصیر مخیراً بفسخ البیع أو إجازته فی المده المعینه للخیار. فکأنها بیان لصحه جعل الخیار لغیرهما و کان یکفی عنها ان بضم إلی الماده المتقدمه لفظه «أو لأجنبی» و نحوها و لا حاجه الی عقد ماده مستقله لها. و الخیار المجعول بالشرط للأجنبی تابع لجعلهما فی الکم و الکیف و سائر الجهات علی نحو الأصاله فی نفسه أو الوکاله عنهما أو إصدار الأمر علیهما أو علی أحدهما مع اعلامهما أو إعلام أحدهما بل حتی مع عدم علم کل واحد منهما بحضورهما أو حضور أحدهما أو حضور شخص آخر أو أشخاص أو عدم حضور أحد، و کما یحصل الفسخ بالقول کما فی ماده «۳۰۲» یحصل بالفعل أیضاً کما لو باع البائع المبیع أولا لشخص آخر مع قصد الفسخ و الا کان لغواً کما فی ماده «۳۰۳ و ۳۰۴» و لا نمنع الزیاده المتصله من الفسخ طبیعیه کانت کالسمن و طول القامه و قوه البدن أو غیر طبیعیه کالصبغ و غرس الأشجار و نحوها.

نعم لو فسخ البائع مثلا کان للمشتری قلعها أو أخذ ثمنها من الفاسخ اما المنفصله فقد عرفت ان نماء المبیع قبل الفسخ للمشتری و نماء الثمن للبائع و إذا أجاز فی البعض و فسخ فی الآخر کان له خیار تبعض الصفقه.

«ماده: ۳۰۵» إذا مضت مده الخیار و لم یفسخ أو لم یجز من له الخیار لزم البیع و ثم،

سواء کان عالماً بانقضاء المده أو جاهلا أو غافلا و سواء ترکه لعذر أو لغیر عذر حتی لو جن أو أغمی علیه و أفاق بعد المده لم یکن له الفسخ لانه حق مقید یزول بزوال موضوعه.

«ماده: ۳۰۶» خیار الشرط لا یورث فإذا کان الخیار للبائع و مات فی مدته ملک المشتری المبیع و إذا کان للمشتری فمات ملکته ورثته بلا خیار.

الظاهر ان هذا قول الحنفیه أما عندنا فجمیع الخیارات تورث لأنها حق مالی فیشمله النص القائل «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه) و الی هذا ذهبت الشافعیه و المالکیه أما غیرهم فقد فصلوا فجعلوا الإرث لبعض الخیارات دون بعض و لم نجد لهذا التفصیل من دلیل غیر علیل.

«ماده: ۳۰۷» إذا شرط الخیار للبائع و المشتری معاً فأیهما فسخ فی أثناء المده انفسخ البیع و أبهما أجاز سقط خیار المجیز فقط و بقی الخیار للآخر الی انتهاء المده.

أوضح و أوجز من هذا ان یقال: إذا کان الخیار لکل من البائع و المشتری فاجازه أحدهما لا تسقط حق الآخر بل له الفسخ الی انتهاء المده.

«ماده: ۳۰۸» إذا شرط الخیار للبائع فقط لا یخرج المبیع عن ملکه بل یبقی معدوداً من جمله أمواله

فإذا تلف المبیع فی ید المشتری بعد قبضه فلا یلزمه الثمن المسمی بل یلزم أداء قیمته للبائع یوم قبضه.

هذا إلغاء للسبب التام عن تأثیره من دون سبب و لا مانع، و قد عرفت ان الخیار لا یمنع العقد التام عن تأثیره، غایته انه یحدث الملکیه المتزلزله لا انه لا تأثیر له أصلا.

نعم هنا قاعده أخری تقدم ذکرها فی أوائل (الجزء الأول) و هی

ان التلف فی زمن الخیار ممن لا خیار له، فلو کان الخیار للبائع فقط و تلف المبیع فی یـد المشتری فان تلفه یکون علی المشتری، و قد ثبت هذا الحکم علی خلاف القواعد بالنص الخاص و لا محیص من حمله علی ان التلف یکشف عن تحقق الفسخ القهری قبله فیرجع ملکیه المبیع إلی البائع و یکون مضـموناً علی المشتری بمثله أو قیمته و یأخـذ ثمنه الذی دفعه و هذا تکلف و تعسـف ألجأنـا توجیه الـدلیل الیه، و لعل أرباب (المجله) تبعاً للحنفیه و غیرهم لما وجـدوا ان ضـمان الشـی ء للغیر لا یجتمع مع ملکیته و کیف یمکن کون العین ملکـاً لإنسان و هو یضـمن مثلها أو قیمتها لغیره لـذلک التزموا فی قضـیه التلف فی زمن الخیار ان المبیع مثلا لم ینتقل عن البائع إذا کان له خیار بل هو معـدود فی أمواله و لهـذا یضـمنه المشتری لو تلف فی یده و یدفع للبائع المثل أو القیمه، و لکنهم بهذا التدبیر فروا من سیّئ الی أسوء و هو التزام کون العقد غیر مؤثر مع انه عقد جامع للشـرائط، فاقد للموانع بل و أسوء من هـذا أیضاً هو ان العقد الواحد حینئذ یؤثر من ناحیه و لا یؤثر من أخری، فإن الثمن یخرج من ملک المشتری الذی لا خیار له و یـدخل فی ملک البائع و لکن المبیع لم یخرج من ملک البائع فوقعوا فی ثلاث مخالفات، عدم تأثیر العقد الصـحیح، و تأثیره من جهه دون اخری، و اجتماع العوض و المعوض فی ملک شخص واحد و هو البائع، فإنه ملک الثمن و المثمن أیضاً باق فی ملکه أو بقاء المال بلا مالک ان قلنا بخروج الثمن من ملک المشتری الـذی لا خیار له و عدم دخوله فی ملک البائع کما قال به بعض فقهائهم خلافا لصریح (المجله)

و على كل حال فلا دخل لهذا بقضيه بقاء المبيع على ملك البائع الذى له الخيار بعد صدور العقد الصحيح منه الذى هو حسب الفرض سبب تام للنقل و الانتقال كما مر توضيحه قريباً فليتدبر.

اما فقهاؤنا فقد عالجوا القضيه بما أوردناه لك من الالتزام بالانفساخ القهرى فى توجيه الدليل قالوا «ان العقد يفيد الملكيه للبائع ذى الخيار بالنسبه إلى الثمن و للمشترى الذى لا خيار له بالنسبه إلى المثمن على حد سواء و لكن لو تلف المال فى يد من لا خيار له- أى المشترى- مثلا سقط خيار البائع و كشف التلف بحكم قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) عن الانفساخ القهرى و رجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آناً ما فيكون تلفه بيد المشترى مضمونا عليه و يدفع للبائع المثل و القيمه و يسترد ثمنه المسمى بحكم الفسخ المفروض و هكذا الكلام فى عكسها و كون الخيار مختصاً بالمشترى و تلف الثمن فى يد البائع و هذا كما قلنا لا يخلو من تعسف و لكن لا محيص منه و هو أهون بكثير مما التزم به أرباب (المجله) تبعاً لفقهائهم و من هذا البيان كله اتضح الكلام فى ماده (۳۰۹) إذا شرط الخيار للمشترى فقط خرج المبيع من ملك البائع و صار ملكاً للمشترى فإذا هلك المبيع فى يد المشترى بعد قبضه أو هلك فى يد البائع بعد ان قبضه منه المشترى و أودعه عنده يلزمه أداء ثمنه المسمى للبائع فإن المبيع لما استقرت عليه ملكيه المشترى لعدم خيار للبائع كان تلفه عليه و يدفع للبائع الثمن المسمى، جريا على مقتضى العقد، هذا على طريقه القوم و لكن مقتضى قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) كون

التلف هنا على البائع الذى لا خيار له و يسترد المشترى منه الثمن المسمى كل هذا فى التلف السماوى، اما إذا كان بإتلاف فالمتلف ان كان هو البائع و هو صاحب الخيار فهو فى الحقيقه تصرف عملى، و فسخ فعلى فيجب عليه ان يرد الثمن المسمى إلى المشترى، و ان كان الخيار للمشترى فخياره باق ان شاء فسخ و استرد المسمى من البائع و ان شاء أمضى و أخذ المثل و القيمه منه، و ان كان المتلف هو المشترى و الخيار له فقد أسقط خياره بإتلاف العين و لزم العقد و استقر ملك البائع للمسمى و ان كان الخيار للبائع فهو أيضاً على خياره فان فسخ رد المسمى و أخذ المثل أو القيمه و ان أمضى استقر له ملك المسمى و ان كان المتلف أجنبيا بقى الخيار لصاحبه فان كان هو البائع و أجاز ملك المسمى و رجع المشترى بقيمه المبيع على الأجنبى و لو فسخ رد المسمى إلى المشترى و رجع بالقيمه و هل يرجع بها على الأجنبى أو على المشترى أو يتخير وجوه يظهر مداركها بالتأمل كما يظهر الحال لو كان صاحب الخيار هو المشترى فسخ أو أجاز.

بقى فى المقام أمور يجدر التنبيه عليها.

الأول–: ان القدر المتيقن من مورد قاعده (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) هو الخيارات الزمانيه

أعنى مالها زمان تمتد فيه مثل خيار المجلس و الشرط و الحيوان أما غير الزمانيات كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و أمثالها فيشكل جريان القاعده فيها سيما على القول بفوريه تلك الخيارات إذ ليس هناك زمان حتى يتصور وقوع التلف فيه و كلمات

أصحابنا فی المقام مختلفه بین من یظهر منه التعمیم و بین مصرح بالتخصیص و بین متوقف، و بالرجوع الی الاخبار التی تحصلت منها القاعده یترجح منه عدم التعمیم

الثانی-: ان مورد القاعده أیضاً هو البیع الشخصی فإنه هو الذی یتضح فیه حصول التلف و عدمه،

اما الکلی فلا معنی لتلفه و اما المصداق الذی یتحقق به قبض الکلی فهو و ان کان قابلا للتلف و لکن لیس هو المبیع بل سقوط الکلی به من باب المعامله الضمنیه الارتکازیه فی قیامه مقام المبیع و لیس فی هذه المعامله خیار.

و (بالجمله) فما تعلق الخیار به لا- یلحقه التلف و ما یلحقه التلف لا خیار فیه، اللهم الا ان یقال ان المصداق فی نظر العرف هو عین الکلی المبیع فمتعلق الخیار و التلف بنظر العرف شی ء واحد و ان کانا بدقه الفلسفه شیئین فلیتأمل.

و فی مطولات کتب الأصحاب فی هذه الأبواب بحوث سحیقه و تحقیقات دقیقه یضیق عن جرعتها لهوات هذه المختصرات.

الثالث-: فی التنازع

إذا ادعی أحدهما انه شرط خیاراً أو ان مدته زائده أو ان صاحب الخیار امضی العقد و أنکر الآخر فالقول فی جمیع ذلک قول المنکر و إذا اتفقا علی الخیار و مقدار المده و اختلفا فی انقضائها لجهل تاریخ مبدئها یقدم قول مدعی بقائها للاستصحاب و إذا تنازعا فی الفسخ و الإجازه فإن کان فی المده قدم قول ذی الخیار لقاعده (من ملک شیئاً إلخ ..) و ان کان بعدها قدم قول المنکر.

(استدراک و تکمله)

خیار الشرط کما عرفت هو أن یشترط البائع أو المشتری خیارا لهما أو لأحدهما أو لثالث و هو اما ان یکون مطلقا و هو الذی تقدم الکلام فیه و اما ان یکون مقیدا بحال بان یقول اشترط ان یکون لی الخیار بعد شهر ان جاء ولدی من السفر فی هذا الشهر فان جاء کان له الخیار و الا فلا، و من هذا النوع البیع المضاف الی خیاره المسمی عند الإمامیه (ببیع الخیار) و عند فقهاء المذاهب (بیع الوفاء) و قد عقدت له (المجله) فصلا مستقلا سیأتی، و قد سبق انه بیع صحیح عندنا یترتب علیه آثار البیع سوی أنه عقد خیاری جائز،، و اعتبار رد الثمن فی هذا الخیار یتصور علی أنحاء (۱) أن یکون الخیار تعلیقاً أو توقیتاً منوط برد الثمن فلا خیار له قبل الرد و له الخیار بعده أی له حق الفسخ فلا ینفسخ ان لم یفسخ و یکون الثمن قبله عند البائع کأمانه الی أن یفسخ فیملکه و المراد بالرد إیصاله إلی البائع أو وکیله أو ولیه أو وصیه أو حاکم الشرع إذا امتنع (۲) ان یکون له الخیار فی کل جزء من المده المعینه مقارنا للرد و الفرق بینه و بین الذی قبله ان الخیار هناک بعد الرد فلا خیار قبله و هنا فی کل زمان و لکن مع الرد (۳) أن یکون الرد فسخا منه فعلیا أو انفساخا قهریا بحیث متی ردا نفسخ اما لأنه إنشاء فسخ أو لأنه ینفسخ قهرا نظیر شرط المسبب و النتیجه (۴) أن یکون الرد شرطا لوجوب فسخ البائع فمتی رد المشتری وجب

على البائع أن يفسخ و يرجع الى الإقاله فان لم يفعل تسلط المشترى على الفسخ و حاصل الفرق بين هذا البيع الخيارى و شرط الخيار المعروف أى المطلق هو أن المشترى فى شرط الخيار يفسخ فيسترد الثمن و هنا يرد الثمن فيفسخ فالرد هنا سبب الفسخ و الفسخ هناك سبب للرد فتدبره، و فى هذه الرشفه من خضم مسائل هذا البحث كفايه عن الخوض فى لججها الزاخره اما تصويره و حقيقته عند القوم فسيأتى إن شاء اللّه.

(الفصل الثانى) خيار الوصف

(ماده: ۳۱۰) إذا باع مالًا بوصف مرغوب فظهر خاليا عن ذلک الوصف کان المشترى مخيراً ان شاء فسخ و ان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى،

و يسمى هذا الخيار خيار الوصف، مثلا لو باع بقره على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشترى مخيراً، و كذا لو باع فصاً ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر تخير المشترى.

ليس لهذا الخيار ذكر فى كتب فقهاء الإماميه المتداوله و ليس هو إلا شعبه من خيار الاشتراط التى مرت الإشاره إليه فإن الوصف المذكور فى العقد ان ذكر نحو الشرط كان لازما و تخلفه يوجب الخيار و ان ذكر لا على نحو الشرطيه بل على نحو التعريف أو الترغيب لم يكن تخلفه موجباً لشى ء من خيار أو غيره و كان من قبيل الدواعى التى لا اثر

لحصولها أو عـدمه أصـلا مثلا لو اشترى أرضا بـداعى جعلها بسـتاناً يتخيل أنها صالحه لـذلك فتبين انها لا تصـلح إلا للزراعه لم يكن له حق الفسخ بخلاف ما لو شرط ذلك فى متن العقد و قال اشتريتها بشرط صلاحيتها للبستان فان له خيار تخلف الشرط لو ظهر عـدم صـلاحيتها لذلك و دليله أدله الشـروط مثل (المؤمنون عند شـروطهم) و غيره مما يدل على وجوب الوفاء بكل شـرط مقـدور لا يخلف كتـاب اللّه و لا ينـافى مقتضـى العقـد و نظراً لكون المقام يتأسـس على دعائم الأوصاف و الشـروط و فى من مبـاحث المعاملات المهمه و لم أجـد حسب ما وقفت عليه من كتب الفريقين من أعطاها حقها من البحث و التحقيق و وصل الى محـدد الجهـات من تخومهـا الشاسـعه و دل على عروه اتصالهـا بالعقود و مكانتها منها و كيفيه ارتباطها بها و الفرق بين الاولى و الثانيه فنقول و اللّه المستعان بلطفه.

ان الأوصـاف هى عبـاره عن الأعراض القائمه بموضوعاتها الخارجيه التى يعبر عنها الحكماء بما يكون وجودها فى أنفسـها عين وجودهـا فى موضوعاتهـا المسـتقله فى أنفسـها و ذلـك كالكميـات و الكيفيـات من عوارض الأجسام و كالملكات و السـجايا و الأحوال من عوارض النفوس و المدارك أما الشروط التى تستعمل فى هذه المسارب و تقرن بالعقود و الأوصاف فيراد منها تاره المعنى الأعم من الأوصـاف و الأحوال و المبادى و الافعال و الغايات و أحوال الغايات و النتائـج، و أخرى المعنى الأخص أعنى خصوص الاعمال، و قد مرت الإشاره فى أوائل (الجزء الأول) الى ان هذه الأوصاف هى الدواعى و البواعث إلى الرغبه فى اقتناء موصوفاتها

و هی و ان کـانت لا تقابل بالاعواض و لکن باعتبارها تختلف الاعواض زیاده و نقصاً بل بالنظر إلیها تبـذل الأعواض فی الأعیان فالدار انما تشتریها باعتبار صلاحیتها للسکنی و الدابه للرکوب أو النسل أو المنافع الأخری من الصوف أو اللبن و لو تجردت عن کل ذلک لم تبـذل بإزائها أی ثمن و لا تنبعث بک الرغبه إلی أخـذها و لا مجانا و هکذا جمیع الموجودات انما تنبعث الرغبات إلیها بالنظر الی صفاتها و حالاتها لا بالنظر الی ذاتها و هذه الأوصاف التی هی ملاک المالیه و منشأ حصول الرغبات فی الجده و الملک قـد تذکر فی العقد علی العین التی انبعثت الرغبه إلیها باعتبار تلک الأوصاف و قد لا تذکر فان لم تذکر فی العقد کانت دواعی صـرفه و أغراضـاً مجرده لا ـ أثر لتخلفهـا و عـدمه لا ـ فی خیـار العقود و لا غیره (و إنما یحرم الکلام و یحلل الکلام) و ان ذکرت فی متن العقـد علی نحو الشـرطیه أو علی نحو التقییـد فقـد صـارت جزء من المعـاوضه الخاصه بمعنی ان الالتزام الخاص الوجـدانی الـذی أنشأه العاقد قد تعلق بالمعاوضه بین المالین الخارجین و هما الدرهم و هذا الثوب المخیط أو العبد الکاتب مثلا و لیست الکتابه و الخیاطه هنا قد التزم بها بالتزام لنفسـها بل بنفس الالتزام المتعلق بالمعاوضه الذی حصل بنفس العقد فلزوم مثل هذا الوصف أو الشـرط لا یحتاج الی التمسک بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بل یکفی فیه عمومات أدله البیع و وجوب الوفاء بالعقود و لیس مفاد العقـد فیما نحن فیه الا تملیک المبیع المعین بالعوض المعین ای التزام البائع للمشتری بتملیک العبـد و کونه کاتبا أو کون الثوب مخیطاً فإذا انکشف

عـدم تحقق الوصف لم تبطـل المعـاوضه من رأس لأنهـا بين المالين المشخصـين و هما حاصـلان موجودان و انما يبطل اللزوم و وجوب الوفـاء بالعقـد لأنه إنما وقع على تلك الكيفيه الخاصه أعنى مبادله المالين و كون أحـدهما بتلك الصـفه الخاصه لا على نحو التقييد الوحدانى و لا على نحو الالتزام الاستقلالى حتى يبطل على الأول بقاعده (المقيد عدم عند عدم قيده) بلحاظ البساطه و يكون التزامـا ثانيا على الثانى بل على نحو الالتزام أو وحـده الالتزام و تعلقه بأمرين كوحـده الـدال و تعـدد المـدلول، و وحـده الإشـاره و تعـدد المشـار اليه و مع تخلف أحـدهما لا تبطل الـدلاله على الآخر. نعم حيث ان وجوب الوفاء ورد على ذلك العقد الخاص و بعد زوال الخصوصـيه لا يبقى وجوب الوفاء و لكن المعاوضه التى حصلت فى ضمن ذلك العقد لا داعى لبطلانها بعد تحقق أركانهـا، فتبقى جائزه و أمرها إلى المتعاقـدين أو الى من له الشـرط فسـخاً و إمضاء. و رفعاً و إبقاء، و معنى رضا المشترى بغير الكاتب أو غير المخيط إسقاط حقه من الوصف الذى التزم له البائع به و قضيه الشروط و الأوصاف فى الاعراض تشبه قضيه تبعض الصـفقه فى الأعيـان فيكون كـالتزام جديـد بينهما يجب الوفاء به و لـذا ليس له الفسـخ بعـد الرضاء و إمضاء العقـد، و أما الإشـكال بأنه لا معنى لتعلق الالتزام بالوصف فى العين الشخصـيه لأنه اما حاصل فلا معنى لتحصـيل الحاصل أو معدوم فيسـتحيل الالتزام بوجوده حين العقـد، فمـدفوع بان الالتزام هنا ليس بمعنى فعله و تحصـيله بل بمعنى كونه فى العهده يعنى ان البائع يجعل على عهدته كون الوصف حاصلا فى الخارج متحققاً فى الموصوف و أثر

هذا الالتزام يظهر فيما إذا انكشف عدم تحققه بتسلط المشترى على الفسخ و يستحق استرجاع ثمنه و لا حق له بمطالبه الأرش لما عرفت مكرراً من ان الأوصاف لا تقابل بالاعواض و ان زادت بها قيمه العين بل هى قوام القيمه، أما العيوب و أخذ الأرش لها فذاك أمر آخر سيأتى تحقيق الكلام فيه إن شاء اللّه.

هذا كله فى الأوصاف بمعنى الإعراض، اما الافعال و الغايات و هى الشروط بالمعنى الأخص كما لو باعه العبد و اشترط عليه ان يعتقه أو شرط عليه انعتاقه أو باعه الدار و اشترط عليه ان يملكه الكتاب أو يكون الكتاب ملكاً له فحقيقتها انها التزامان فى عقد واحد و بعباره أجلى ان الألفاظ حينئذ قد دلت على التزام عقدى و التزام شرطى فالشرط فى ضمن العقد مثل قوله بعتك الدار و اشترطت لك ان أهبك الكتاب عباره عن التزامين مختلفى الأسلوب و الصوره متحدى الجوهر و الحقيقه بخلاف الوصف فإنه التزام واحد بأمرين و لما كان الشرط التزاماً خارجا عن العقد لم يكف فى لزومه ما دل على وجوب الوفاء بالعقد بل كانت قاعدته التى يعتمد عليها أدله الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) و بناء العقلاء و أمثالها، و هو و ان كان خارجاً عن الالتزام العقدى الا أنه مرتبط به أشد الارتباط و أثر هذا الربط ان العقد اللازم بدون حصول الشرط يعود جائزا،،، و سر ذلك ان لزوم العقد وقع منوط بحصول الشرط و مع عدم حصوله ينتفى لزومه و وصفه لا حقيقته و ذات و مرجع هذا التقييد فى الحقيقه إلى تعليق لزوم العقد على حصول الشرط

و أدله الشروط تقضی بلزوم هذا القید و وجوب الوفاء به تکلیفاً و وضعاً فلو امتنع من علیه الشرط من الوفاء به أو تعذر الشرط علیه کان لمن له الشرط ان یفسخ لارتفاع اللزوم بارتفاع قیده. و لو لا هذه النکته الدقیقه و السر العمیق لکان مقتضی القواعد بادئ بدء ان یبطل العقد بتمامه عند عدم حصول شرطه لأنه وقع علی المجموع المرکب و الکل ینتفی بانتفاء بعض اجزائه فهو نظیر الشرط فی باب العلل و الأسباب حیث یقولون (المشروط عدم عند عدم شرطه) و لکن من ذلک الطریق الدقیق و الوجه اللامع حکمنا مع ارتفاع الشرط ببقاء العقد الذی حقه ان یرتفع بارتفاعه و یبطل ببطلانه، و من هنا جاز ان نقول ان فساد بعض الشروط لا یستلزم فساد ما أنیطت به من العقود لأن الشروط التزامات ثانویه فی التزامات العقود فالعقد و الشرط من حیث الالتزام لا هو هو و لا منفصل عنه بل متعلق فیه و مرتبط به أشد الربط،، ثم ان کان الشرط فعلا من الافعال وجب إیجاده و ان کان غایه و نتیجه کشرط صیروره العبد حرا و الکتاب وقفاً و الدار لک ملکا و قلنا بصحه مثل هذه الشروط وجب الالتزام بتحققه و ترتیب آثاره و یکون العبد حراً کما لو أعتقه بالصیغه المخصوصه، لا ان یملک و یعتق و یوقف و مثل هذه الشروط لا یتصور تخلفها مع قابلیه الموضوع نعم تخلفها یکون بنحو آخر، و لبعض اعلامنا المتقدمین کلمه فی هذا البحث لعلها تشیر الی بعض ما ذکرنا حیث یقول (و اشتراط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق علیه العقد) اهو لعل المراد علق علیه لزوم العقد و الا فالتعلیق

فی العقود مبطل عنـد علمائنا کلمه واحـده، فلا جرم ان المراد تعلیق لزوم العقـد و کثیراً ما یعبرون عن اللزوم بالعقد لارتباطهما و تلازمهما فی الغالب خصوصاً فی البیع.،،. و کان حق هـذا البحث ان یذکر فی مباحث الشـروط و لکن ذکر الأوصاف التی تقابل الشروط سحبنا الیه (و الألماس یتلألأ إنما وضع) لیس مکان أحق به من مکان، فتدبره و اغتنمه فإنک لا تجد هذه الرقائق فی غیر هذه المهارق و المنه للّه وحده.

و نعود الی بحث المـاده التی فی متن (المجله) إذ تقول-: إذا باع بوصف مرغوب فظهر خالیاً کان المشتری مخیراً إلـخ .. و أقول لملک تفطنت الی ان قضـیه الأوصاف لا دخل لها بالوصف المرغوب ان کان المراد المرغوبیه عند النوع و فی الغالب کما یظهر من تمثیلهم بالبقره الحلوب فان باب الأوصاف و الشـروط تـدور مـدار الرغبات الشخصـیه فقد یکون لإنسان غرض فی الوصـف الغیر المرغوب عند العموم کما لو اشترط کون البقره غیر حلوب لانه یریدها للحرث أو السـقی لا للبن و النسل مثلا فإذا ظهر انها حلوب کـانت علی خلاـف رغبته و نقیض شـرطه فلاـ یمکن إلزامه بهـا و قـد التزم له البـائع بغیر هـذا الوصف فلا محیص من ان یکون له الأخیار و مثل ذلک لو اشتری عبداً و اشترط کونه أمیا و هو وصف غیر مرغوب عند النوع فإن القراءه و الکتابه صـفات کمال فی العبـد و غیره و لکنه یریده أمیا کی لا یطلع علی إسـراره و مراسـلاته فلو ظهر أنه یقرأ و یکتب کان له الخیار طبعا، فلا معنی بل لا وجه لتقیید الشروط و الأوصاف بکونها مرغوبه مع ان أدله الشروط عامه و الاعتبار یساعد

على عمومها فافهم ذلك و تدبره، و التقييد بكونه (ليلا) غالبى لا احترازى فإن المدار فى ثبوت الخيار على عدم علم المشترى ليلا كان الشراء أو نهارا

(ماده: ۳۱۱) خيار الوصف يورث إلخ ..

قد عرفت ان جميع الخيارات عندنا موروثه و يحتاج كيفيه إرثها و أحكام إرث الخيار و تفاصيله الى بيان واسع ربما يأتى له محل آخر إن شاء اللّه

(ماده: ۳۱۲) المشترى الذى له خيار الوصف إذا تصرف فى المبيع تصرف الملاک بطل خياره.

تقدم فى القواعد العامه ان كل تصرف دال على الرضا بالعقد و إمضائه فهو مسقط سواء كان من قبيل تصرف الملاك أم لا و هذا وسط بين من قال كل تصرف مسقط و من قال خصوص تصرف الملاك مثل بيعه أو رهنه أو وقفه و نظائرها مما يتوقف صحته على الملكيه أو اذن المالك. و لم تذكر (المجله) ان خيار الوصف هل هو على الفور أو التراخى يعنى هل أنه بمجرد علمه بفوات الوصف يلزمه اما الفسخ أو الإمضاء فإذا لم يبادر إلى أحدهما سقط خياره أم له ذلك متى شاء، و قد سبق ان الأصل هو الفوريه فى جميع الخيارات الا ما ثبت تراخيه بالدليل على التراخى سيما مع أنه لا يخلو من لزوم الضرر على البائع حيث يبقى الأمر مهملا الى وقت غير معلوم، نعم الفوريه ليست على الدقه الحقيقه بل فوريه عرفيه لا يقدح فيها الساعه و الساعتان.

(الفصل الثالث) خيار النقد

اشاره

ذكرنا ان الفقهاء فی تعداد أنواع الخيارات بين مقل و بين مكثر فبعضهم قصرها على ثلاثه و بعضهم زادها على عشرين و لكن أكثرها متداخله يدخل بعضها فی بعض فلو أرجعنا كل فرع إلى أصله لم تزد على ثمانيه أو تسعه مما ذكروه و شاهد ذلك هذا الخيار الذی جعلوه أصلا برأسه و هو على الصوره التی ذكروها ليس إلا من فروع خيار الاشتراط فإنه عباره عن اشتراط أداء الثمن فی وقت معين و لذا لا يوجد فی شی ء من كتب فقهاءنا فإنه بطبيعه إطلاق العقد مستغنی عنه ضروره ان الإطلاق يقتضی تسليم الثمن نقداً فان لم يدفعه كان له الخيار متى شاء فی المده المعينه و فی غيرها، نعم فی أخبار أئمتنا سلام اللّه عليهم فی هذا المقام خيار أصيل يعرف عند علمائنا (بخيار التأخير) و هو أن البائع مع إطلاق العقد و عدم تسليم المبيع و عدم قبض الثمن ينتظر المشتری الى ثلاثه أيام فهو فی هذه الثلاثه لازم عكس خيار الحيوان ثم يصير بعد الثلاثه جائزاً ان شاء فسخ و ان شاء بقی على الانتظار مع الخيار و خيار الحيوان يصير بعدها لازماً ففی روايه علی بن يقطين عن الكاظم سلام اللّه عليه عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال-: الأجل بينهما ثلاثه أيام فإن اقبضه بيعه و الا فلا بيع بينهما، و عنه عليه السلام أيضاً (من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام و لم يجئ فلا بيع له) و مثلهما أخبار أخرى كثيره

و ظاهر قوله فلا بيع بينهما بطلان البيع رأسا بعـد الثلاثه و لكن العلماء اجمع الأمن شـذ حملوه على ارتفاع لزوم البيع و قد قلنا انه كثيرا ما يعبر عن اللزوم بالبيع أو بالعقد للتناسب و التلازم الذى بينهما و الاعتبار و الحكمه من هذا الحكم تساعد على ذلك فإن إلزام البـائع بالصبر و الانتظار مع ان المبيع عنـده و فى ضـمانه و قـد انتقل الى الغير و منافعه أيضاً للغير و لم يقبض الثمن ضـرر و مشـقه شديـده، و تـدارك ذلـك يحصـل بجعـل الخيار فان رأى من صالحه الانتظار، و إلا فسـخ بالخيار، فما أكرمها من حكمه سـاميه و هـذا الخيـار لم أجـده فيمـا وقفت عليه من كتب القوم و لم يعرفه فقهاء المـذاهب على الظاهر، و العجب من (المجله) و غيرها من مؤلفاتهم يـذكرون مثل خيار النقـد و الخيانه و نحوها التى ليست بشـى ء و لا يـذكرون مثل هذا الخيار الرصـين، و فى مؤلفات أصحابنا لخيار التأخير مباحث واسعه و تحقيقات جليله.

(ماده: ۳۱۳) إذا تبايعا على ان يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا و ان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع و هذا يقال له خيار النقد.

مقتضـى تعبير (المجله) فلا بيع بينهما كما فى أخبارنا- ان البيع يكون فاسدا عند عدم الأداء فى الوقت و صـرحت (المجله) أيضـاً فى ماده

(۳۱۴) إذا لم يؤد المشترى الثمن فى المده المعينه كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا،

فأين الخيار إذاً فإن العقـد إذا فسـد عنـد عـدم أداء المشترى للثمن فى الوقت المعين لم يكن معنى لثبوت الخيار له و كيف يثبت الخيار بين الفسخ و الإمضاء لعقد قد فسد و انفسخ ثم ما معنى جعل الخيار للمشترى

مع ان الشـرط للبائع على المشترى و ضـرر الانتظار و الصبر عليه لا على المشترى و خيار المشترى الـذى قـد لا يفسـخ و لا يؤدى الثمن بل يبقى على المماطله لا يرفع ضرر البائع.

و (الحاصـل) ان هـذا كله مشوش مغشوش و خطأ فى خطل لا جسم فيه و لا روح، و لا جوهر و لا معنى، و أعجب من ذلك كله ماده (۳۱۵) إذا مـات المشترى المخير بخيـار النقـد فى أثنـاء مـده الخيار بطل البيع، فإنه إذا كان خياراً قاراً و حقاً ثابتاً، مثل خيار الوصف و الشـرط فلمـا ذا لاـ ينتقـل الى الوارث و على تقـدير كونه وصـفاً قائماً بـذات المشترى لا يقبل الانتقال الى غيره مع انه ممنوع، فلما ذا يبطل البيع و لما ذا لا يكون لازماً و يؤخـذ الثمن من التركه و ينتقل المبيع إلى الورثه كسائر أموال مورثهم فتـدبر هذه النقوش و الرتوش جيداً.

(الفصل الرابع) خيار التعيين

اشاره

هاهنا (كما يقول العوام) تسـكب العبرات، و هذا هو المحزن المؤسف ان يسف العلم هذا الاسفاف، و ما ادرى كيف اشتبه الأمر على أربـاب (المجله) الأفاضـل فخلطوا هـذا الخلـط الشاين، و خبطوا هـذا الخبط المزرى فان الخيار الـذى يبحث عنه الفقهاء فى باب المعاملات هو كما عرفت السـلطنه على فسـخ العقـد و إبقائه لأحد المتعاقدين أو لكل منهما أو لا جنبى، و هذا الخيار الذى ذكروه هنا و سموه خيار التعيين لا علاقه له بهذا المعنى أصلا

اللهم الا تشابه الاسم فقط على انه فرق فى الاصطلاح بين الخيار و التخيير فان الخيار المزبور عباره عن تخيير البائع ان يدفع أحد الأشياء المعينه أو يتخير المشترى ان يأخذ ما شاء منها فأى ربط لهذا بقضيه فسخ العقد أو إمضائه و لو صح لنا ان نعد هذا فى الخيارات لصح لنا ان نعد من جمله الخيارات خيار الكفاره فإن المكلف بالكفاره مخير بين العتق و الإطعام و الصيام، و خيار المديون فى أداء دينه و بائع الكلى مخير فى دفع اى مصداق من مصاديقه. و هلم جرا الى ما لا يحصى و لا يعد، و هذه لعمر الحق مهزله من المهازل عند أهل العلم المعقم و أرباب الفن الصحيح، و على كل، فان هذا تخيير لا خيار و لزوم فى العقد لا جواز كما هو واضح لأول نظره، هاك فانظر.

(ماده: ۳۱۶) لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلا على حده

على ان المشترى يأخذ أيا شاء بالثمن الذى بينه له و البائع يعطى أيا أراد كذلك صح البيع استحسانا و هذا يقال له خيار التعيين.

الكلام هنا يتجه الى جهتين.

الاولى-: هل ان هذا خيار على غرار سائر الخيارات المذكوره فى أبواب العقود و المعاملات و قد عرفت انه أجنبى عن ذلك بالمره فلا فسخ و لا إمضاء و لا سلطنه على عقد و لا على عين، و اقحامه هنا كاقحام المسمار فى الجدار.

الثانيه-: على علاته هل هو صحيح أو فاسد، و لعله مر عليك منا غير مره ان مثل هذا البيع باطل عند جمهور الإماميه و قد اتفقوا على ان بيع عبد

من عبدين باطل و ان تساويا فى جميع الصفات و الحيثيات و لا يقول بصحته منا الا الشاذ النادر (ان كان) كل ذلك لانه غرر و بيع الغرر باطل و قد عرفت قريباً ان دائره الغرر شرعاً أوسع منها عرفاً، بل الحق انهما متساويان و ليس للشارع فى الغرر اصطلاح خاص و وضع جديد و لكن العرف يتسامحون فيرتكبون و الشرع لا- يسامح و لا يتسامح، و سبق أيضاً ان المعلوميه بالعين و المقدار و الوصف و الوجود و الحصول شرط فى البيع مطلقاً، إذاً فهو مضافا الى أنه أجنبى عن أنواع الخيار بالمره بيع فاسد عندنا ليس له أى أثر و اللازم ان يكون فاسدا عند أرباب (المجله) أيضاً بمقتضى ماده (۲۱۳) المتقدمه بيع المجهول فاسد الى آخرها و هو ينطبق على ما نحن فيه تماماً بملا-ك مطلق الجهاله و ان كانت هناك أشد، و لكنهم هنا حكموا بالصحه و رتب بعض الشراح على المشترى أحكاماً تسعه و على البائع سبعه مثل ما فى ماده (۳۱۷) يلزم فى خيار التعيين تعيين المده أيضاً، و ماده (۳۱۸) من له خيار التعيين يلزم عليه ان يعين الشى ء الذى يأخذه فى انقضاء المده التى عينت و لا نجد فائده فى التعرض لباقيها بعد ان كان أصل خيار التعيين لا أصل له و هو عندنا كما عرفت بيع فاسد للجهاله و لا علاقه له بمسائل الخيار بتاً.

انظر – ماده (۳۱۹) خيار التعيين ينتقل الى الوارث

مثلا- لو أحضر البائع ثلا-ثه أثواب أعلى و أوسط و ادنى من جنس واحد و بين لكل منها ثمناً على حده و باع أحدها لا على التعيين على ان المشترى فى مده ثلاثه أيام أو أربعه أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذى تعين له و قبل المشترى على هذا

المنوال انعقـد البيع و فى انقضـاء المـده المعينه يجبر المشترى على تعيين أحـدهما و دفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضاً مجبوراً على تعيين أحدها و دفع ثمنه،،، و ليت شعرى إذا كانت القضيه بهذه الصوره و تنتهى إلى الجبر فأين الخيار؟

ثم إذا كانت مثل هذه الجهاله غير ضائره فى صـحه العقد فتخصيص الجواز فى القيميات تحكم لا وجه له و تخصيص بعضهم له بثلاثه أشياء فقط كما نقل بعض الشراح أيضاً لا وجه له.

(الفصل الخامس) خيار الرؤيه

اشاره

هـذا الخيـار من الخيارات الاصـيله و ان أمكن انـدراجه ببعض الاعتبارات فى خيار الوصف أو خيار الاشتراط لأنه عباره عن حق فسـخ العقـد إذا اشترى عينـاً غـايته بالوصف ثم رآها على خلاف ما وصف البائع أو كان المشترى رآها قبل العقـد فاشتراها على تلك الرؤيه فظهر بعـد العقـد انها قـد تغيرت فبهـذا اللحاظ يمكن درجه فى خيار الاشتراط ضـروره ان الوصف أو الرؤيه السابقه كـانت كشـرط ضـمنى فـإذا ظهر فقـدانه كـان له خيـار تخلف الشـرط، و لكن الأصـحاب تبعـاً للأخيار جعلوه خياراً مسـتقلا لأن الشرطيه غير صريحه فيه و ان كانت ضمنيه و سموه خيار الرؤيه ففى صحيحه جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام

فی رجل اشتری ضیعه و کان یـدخلها و یخرج منها فلما ان نقـد المال صار الی الضـیعه فقلبها ثم رجع فاسـتقال صاحبه فلم یقله فقال أبو عبد اللّه (ع) انه لو قلب منها و نظر الی تسعه و تسعین قطعه ثم بقی قطعه لم یرها لکان له فیها خیار الرؤیه، اهو معلوم ان مورد هذا الخیار هو بیع العین الغائبه و قد عرفت فی القواعد العامه- قاعده- الوصف فی الحاضر لغو و فی الغائب معتبر- و ذکرنا هنـاک ان بیع العین الغائبه لا یصـح الا بالوصف لرفع الجهاله کبیع الکلی فی السـلم و غیره و لو باع بغیر الوصف کان البیع باطلا من أصـله و لو بـاع بـالوصف صـح فـان ظهر موافقاً لزم و الاـ کـان له الخیـار و من هنا یظهر لک الخلل فی عباره (المجله) ماده (۳۲۰) من اشتری شـیئا و لـم یره کـان له الخیـار الی ان یراه فـإذا رآه ان شـاء قبله و ان شـاء فسـخ البیع و یقال له خیار الرؤیه فإنه ظـاهر فی صـحه شـراء شـی ء بغیر وصف و لاـ رؤیه و هو قطعی البطلاـن حتی عنـدهم کما ذکروا فی بطلان بیع المجهول و من الغریب حکمهم ان هـذا الخیـار لاـ یورث کما فی ماده [۳۲۱] خیـار الرؤیه لاـ ینتقـل الی الوارث فإذا مات المشتری قبل ان یری المبیع لزم البیع و لا خیار لوارثه.

لعمرک ان هذا من أحکام الجزاف القاسـیه التی لا یقبلها عقل و لا ذوق فضلا عن الشرع و کیف یلزم الوارث المسکین بمبیع ما رآه مورثه و لا کان لازما علیه فتجتمع علی الورثه مصیبتان فقد مورثهم و إلزامهم بمال ربما لا یرغبون فیه و لا رغب مورثهم فیه و لا یکون من صالحهم کما لو کان قد اشتری ضیعه أو مزرعه أو نحو ذلک مما له شأن فی نظم

حیاتهم، و من هنا نقول- و حقاً نقول- انه لو کان الخیار فی کل نوع من أنواعه لا یورث فهذا النوع أعنی خیار الرؤیه یجب ان یکون موروثاً کیف و قد عرفت ان جمیع أنواع الخیارات موروثه لأنها بأجمعها حق مالی فیشمله دلیل [ما ترک المیت من حق فهو لوارثه] ثم ان دلیل خیار الرؤیه و ان کان قد ورد فی خصوص المشتری إذا اشتری ما لم یره أو ما تغیر عما رآه و لکن الملاک یجری حتی إلی البائع إذا باع ما لم یره ثم رآه علی غیر الوصف الذی وصفه هو أو وصفه الغیر له، و لذا قال أکثر أصحابنا بعمومه للبائع و المشتری و هو معقول کالقول بشموله لغیر البیع من عقود المعاوضات اللازمه مثل الإجاره و الصلح و القسمه و الخلع و غیرها و یجری فی غیر الموافق للوصف مطلقاً سواء کان أعلی أو أدنی لما عرفت من ان الرغبات و الحاجات یختلف الناس فیها أشد الاختلاف فإذا اشتری حنطه بصفه أنها حمراء أو سوداء ثم ظهرت بیضاء و هی أعلی لا یلزم بها لأن حاجته الخاصه ربما تکون فی السوداء و مما ذکرنا تعرف الخلل فی ماده (۳۲۲) لا خیار للبائع و لو کان لم یر المبیع مثلا لو باع رجل مالا دخل فی ملکه بالإرث و کان لم یره انعقد البیع بلا خیار للبائع.

(ماده: ۳۲۳) المراد من الرؤیه فی بحث خیار الرؤیه هو الوقوف علی المال و المحل الذی یعرف به المقصود الأصلی من البیع.

هذه العباره غیر وافیه ببیان المقصود و ذکر المحل هنا لا محل له من الاعراب (کما یقولون) کما ان ذکر المقصود الأصلی لا یتضح به المقصود و التحقیق فی المقام ان یقال ان المراد بالرؤیه التی یصح معها البیع و یسقط

بها الخيار بالوصف الذى يقوم مقام الرؤيه فيصح معه البيع حتى مع عدم الرؤيه و يدور الخيار مداره وجودا و عدما هو ما يوجب العلم بالشى ء و يرفع الجهاله عنه و الغرر و لا يرتفع الغرر من الأشياء الا بالاختبار و معرفه تحقق الغرض المقصود منها و الذى من أجله يتطلبه و يريد الحصول عليه و لما كانت المقاصد و الحاجات تختلف باختلاف الأجناس و الأنواع بل باختلاف كل صنف من كل نوع، مثلا البقر قد يريدها المشترى للذبح و الا كل فيختبر سمنها و قد يريدها للحرث فيعتبر قوتها و قد يريدها للحليب فيختبر درتها و اخلافها بل أوسع من ذلك رب أشياء لا يرتفع الغرر برؤيتها بالبصر بل لا بد من شمها كالعطر من المسك و العنبر و شى ء لا يكفى شمه كالسمن و الزبد و أمثالها بل لا بدّ من ذوقه أيضا و لو اشترى فاره مسك أو جونه عطر و لم يفتحها بل شمها و عرف وزنها و اشتراها (و لكن لم ير ما فيها ببصره) لم يكن له خيار الرؤيه بدعوى عدم رؤيه المسك بعينه فإن رؤيه كل شى ء بحسبه و كثير من الأجناس لا يكفى رؤيتها و لا شمها و لا ذوقها بل لا بدّ من لمسها و كثير منها لا بد مع ذلك من كيلها و وزنها أو عدها و هكذا،،، فليس المراد بالرؤيه خصوص المشاهده ابصريه بل المراد الاختبار الرافع للجهاله و اختبار كل شى ء بحسبه، فإذا اشتريت حقه سمن رأيتها بعينك و لكن لم تذقها و لم تشمها كانت بحكم الشى ء الذى اشتريته بغير رؤيه فلك الخيار بعد الاختبار إذا لم يكن موافقاً لمقصودك و كنت تريد مثلا سمن البقر فظهر أنه سمن الغنم فلك الفسخ و هذا باب واسع لا يمكن إعطاء الضابطه له الا بما قلنا

من أن المراد بالرؤيه الاختبار و الاختبار يختلف باختلاف الأنواع و الأجناس بل و الأصناف و الأغراض فمن اشترى شيئاً أو باعه و قد اختبره بما يليق به من الاختبار الكاشف عن الغرض المقصود منه اى غرضه الخاص لا أغراض النوع و العامه فإن هذا كما عرفت لا يجدى فى باب المعاملات فلا خيار له بعد ذلك و إذا لم يختبره بما يحق له من الاختبار كان له الخيار و هذا هو مراد أرباب (المجله) و ان قصر التعبير عنه أو لا و لكن يتضح بقولها مثلا- الكرباس و القماش الذى يكون ظاهره و باطنه متساويين يكفى رؤيه ظاهره و القماش المنقوش و المدرب يلزم رؤيه نقشه و دروبه و الشاه المشتراه لأجل التناسل و التوالد يلزم رؤيه ثديها و الشاه المأخوذه لأجل اللحم يقتضى حس ظهرها و اليتها و المأكولات و المشروبات يلزم ان يذاق طعمها فالمشترى إذا عرف هذه الأموال على الصوره المذكوره ثم اشتراها ليس له خيار الرؤيه.

(ماده: ۳۲۴) الأشياء التى تباع على مقتضى انموذجها يكفى الأنموذج عنها فقط.

و حق التعبير ان يضم إليها الماده التى بعدها فيقول: فان ظهر موافقاً للأنموذج فلا خيار و الا كان له الخيار و لا حاجه الى ماده اخرى خلاصتها ذانك الكلمتان، كما ان هذا يغنى عن-:

(ماده: ۳۲۶) فى شراء الدار و الخان و نحوهما من العقار تلزم رؤيه كل بيت منها

الا انه إذا كانت بيوتها موضوعه على نسق واحد تكفى رؤيه بيت واحد و هكذا كل ما هو من هذا القبيل مثل الأقمشه و الاحذيه

و نحوها فما يظهر مخالفاً له رده و استبداله و الا فله الخيار.

فان جميع هذه المواد يمكن ان تجمع فى ماده واحده موجزه، و لا حاجه الى الإكثار و التكرار.

(ماده: ۳۲۷) إذا اشتريت أشياء متفاوته صفقه واحده تلزم رؤيه كل واحد على حدته.

و يلزم ان يضم إليها الماده التى بعدها فإنها جزء متمم لها فيقال باختصار فان رأى بعضها و لم ير الباقى ثم وجده مخالفاً لما رآه فله الخيار اما بأخذ الجميع أو رد الجميع و ليس له أخذ ما رآه و ترك الباقى. و الأصح ان له ذلك و لكن يحدث للبائع خيار تبعض الصفقه فتدبره، و لا ـ يخفى ان الأعمى و البصير سواء فى هذه الاحكام فلا يصح للأعمى ان يشترى مجهولا بل اما ان يختبره بنفسه بالنحو المستطاع له من الاختبار أو يوصف له وصفاً يرفع الجهاله كما يوصف للبصير فى العين الغائبه و فى السلم بالنسبه إلى الكلى فإن طابق فلا شى ء و الا فله الخيار و منه تعرف الخدشه فى ماده (۳۲۹) بيع الأعمى و شراؤه صحيح الا انه يخير فى المال الذى يشتريه بدون ان يعلم وصفه،،، فإن شراءه بدون وصف أو اختبار عندنا باطل و كان ينبغى ان يضم إليها المادتين اللتين بعدها (۳۳۰ و ۳۳۱) بكلمتين و هما- فإذا اشترى بالوصف فلا خيار، يعنى مع المطابقه لا مطلقاً و يسقط خياره باختباره بلمس الملموسات، و ذوق المذوقات و هكذا يكون الشراء صحيحاً لازماً- اى مع المطابقه أيضاً.

عرفت سابقاً انه يصح الشراء بالرؤيه السابقه فإن ظهر التغيير كان له

الخیار کما فی ماده (۳۳۲) ثم ان الوکیل و الرسول ان کانا مفوضین علی الرؤیه و العقد و القبض سقط خیار الموکل برؤیتها و الا فلا- و لا وجه لاعتبار رؤیه الأول دون الثانی کما فی مادتی (۳۳۳، ۳۳۴) الوکیل بشراء شی ء و الوکیل بقبضه رؤیتهما کرؤیه الأصیل ثم قال: الرسول من المشتری لأخذ المبیع و إرساله فقط لا تسقط رؤیته خیار المشتری، و الأصح ان المدار فی الجمیع علی الاعتماد و التفویض و بدونه لا تجدی صرف الوکاله أو الرساله فتدبره.

(ماده: ۳۳۵) تصرف المشتری فی المبیع تصرف الملاک یسقط خیاره.

اشاره

اعلم ان التصرف اما ان یکون قبل الرؤیه أو بعدها و علی التقدیرین فخیار الرؤیه اما ان یکون فوریاً أو غیر فوری فإن قلنا بفوریته فکل تصرف بعد الرؤیه یکون مسقطاً للخیار بالضروره و وجهه واضح و ان قلنا بعدم فوریته فلا یسقط الا بالتصرف الدال علی الرضا بالعقد و إمضائه سواء کان من قبیل تصرف الملاک مثل الرهن و العتق و نحوهما أم لا اما التصرف قبل الرؤیه سواء دل علی الرضا أم لا، و سواء کان من قبیل تصرف الملاک أم لا، ففی سقوط الخیار به و عدم سقوطه وجهان مبنیان علی ان سبب الخیار هو العقد، و الرؤیه شرط، أو ان السبب هو الرؤیه و المخالفه شرط، فعلی الأول یکون التصرف الدال علی الرضا مسقطاً للخیار و یکون مسقطاً فعلیا کما لو أسقطه قولا، و علی الثانی لا یکون التصرف مطلقاً مسقطاً لان الخیار بعد لم یحصل لعدم حصول سببه و هو الرؤیه

فکيف يسقط قبل تحققه و تحقق سببه و کذا لو أسقطه قولا فإنه لا يسقط لذلک الوجه بعينه، هکذا ذکر الأصحاب ملخصاً و يمکن ان يقال لا مانع من سقوطه بالمسقط الفعلى فضلا عن القولى حتى لو قلنا بان سبب الخيار هو الرؤيه فإنه يکفى لصحه إسقاطه بالقول أو الفعل وقوع العقد على العين الغائبه الذى فيه استعداد للحوق الخيار بحصول سببه و هو الرؤيه فاستعداد العقد لحصول سبب الخيار بعده کاف فى صحه إسقاطه و يکون من قبيل الدفع لا الرفع، نعم لو شرط سقوطه فى العقد کما لو قال: بعتک العين الغائبه الموصوفه بکذا و اشترطت عليک سقوط خيار الرؤيه بطل الشرط قطعاً و لا يبعد بطلان العقد أيضاً فيکون من الشروط الفاسده المفسده و سر ذلک ان العقد على العين الغائبه المجهوله إنما صح بالوصف لها الرافع للغرر و الجهاله عنها و معنى اشتراط سقوط خيار الرؤيه إسقاط حق الوصف و إلغاء أثره و هو الخيار فتکون النتيجه أنه باع عينا من غير مشاهده و لا وصف و هو من أوضح مواضع البطلان بخلاف ما لو أسقطه بعد العقد قبل الرؤيه فإن العقد وقع صحيحاً بالوصف و لم يقترن بما يبطله و کان فيه استعداد لإثبات حق و هو الخيار فلا مانع من إسقاط حقه فليتدبر و لم تذکر (المجله) مسائل الاختلاف هنا مع انها جد مهمه فلو اختلفا فى مخالفته الوصف و عدمها فقال البائع مثلا: بعتک الحنطه الحمراء، و قال المشترى بل البيضاء أو قال المشترى تغيرت الدابه عما شاهدتها، و قال البائع: لم تتغير فالقول قول البائع فى المقامين اما الأول فلأن المشترى يريد ان يثبت له خيارا و الأصل عدمه، و اما الثانى فلذلک و لأصاله عدم

تغیرها فان التغیر أمر حادث فإذا شک فیه فالأصل عدمه فلیتأمل.

(فرع) لو نسج مقداراً من الثوب أو الحصیره فاشتراه علی ان ینسج الباقی کالحاضر قبل یبطل للجهاله

و قیل یصح لانه بحکم الموصوف بل یحکم المشاهد، اما لو أعطاه مقداراً من الغزل علی ان ینسجه کالموجود فیشتری الحاضر منه و یستأجره علی نسج الباقی بتلک الکیفیه فلا ینبغی الإشکال فی الصحه فلو لم ینسجه علی الغرار کان له الخیار.

(الفصل السادس) خیار العیب

اشاره

اضافه الخیار الی العیب کاضافته الی الغبن و الی الرؤیه و الی الشرط من باب اضافه المسبب الی سببه و إضافته إلی المجلس و الحیوان أشبه بإضافه الشی ء إلی محله، و الأصل فی دلیل هذا الخیار و خیار الغبن هو قاعده الضرر فان لزوم العقد الواقع علی المعیب ضرر علی المشتری مثلا و هو لا یعلم به و لم یقدم علیه و کل حکم ضرری مرفوع بقاعده (لا ضرر فی الإسلام) فلزوم العقد علی المعیب مرفوع و یمکن رده الی خیار الاشتراط فان العقلاء غالباً لا یقدمون الا علی ابتیاع الصحیح السلیم من الأعیان و انما لا یشترطون ذلک صریحاً فی العقد اعتماداً علی أصاله السلامه فالسلامه فی نظر کل متعاقدین شرط ضمنی فی العقود المطلقه التی لم

يؤخذ فيها البراءه من العيوب، فإذا انكشف وقوع العقد على غير السليم فقد تخلف الشرط و تخلف الشرط يوجب الخيار و عليه تحمل عباره (المجله)

(ماده: ۳۳۶) البيع المطلق يقتضى السلامه من العيوب

يعنى ان بيع المال بدون البراءه من العيوب بلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضى ان يكون سالماً خالياً من العيب و لكن الأصح أن خيار العيب أصل برأسه و العيب موجب للخيار بنفسه لأمن باب تخلف الشرط الضمنى و لذا يعد اشتراط السلامه صريحا فى العقد شرط مؤكد لإطلاق العقد وجوده كعدمه و خيار العيب يغنى عنه و قد أشرنا قبل ان طبيعه العقد عند الإطلاق تقتضى وقوعه على الصحيح و ظهور العيب أو وجوده يقتضى التدارك بالخيار فجعل الشارع الخيار تأكيدا لما تقتضيه طبيعه الشى ء ذاتاً لاـ تأسيس فى التشريع جعلا كخيار المجلس و نظيره الغين فان طبيعه عقود المعاوضات تقتضى التبادل بين الأموال على نسب متعادله فى الريح و الخسران و الزياده و النقصان مثلا قاعده الريح عند العقلاء فى التجاره ان يكون الريح فى العشره اثنين أو ثلاثه و هذا هو المعدل التى تتراوح فيه الأرباح من الواحد الى الثلاث فلو زاد على ذلك عده التجار و العرف و إجحافاً و غبناً، و لعل علم الاقتصاد أحق و اخرى من علم الفقه بضبط هذه الموازين و تحديد هذه المقاييس ثم ان العيب انما يوجب الخيار بشروط.

الأول-: ان يكون سابقاً على العقد أو حادثا قبل قبض المشترى أو فى زمن خياره اما لو حدث بعد قبضه و بعد خياره فلا يكون العيب

موجباً للخيار.

الثانی-: ان یکون غیر عالم بالعیب قبل العقد أو حین العقد أو قبل القبض فلو عقد علیه و هو عالم بعیبه أو قبضه مع علمه بالعیب فلا خیار.

الثالث-: ان لا یکون البائع قد برء من العیوب فلو برء و ظهر معیباً لم یکن للعیب أثر فی الخیار.

الرابع-: ان یکون العیب یوجب نقص القیمه فلو کان لا یوجب نقصاً أو یوجب زیاده ففی کونه موجباً للخیار خلاف و الأقرب عدم الخیار.

الخامس-: ان یکون العیب مما لا یزول بسهوله فلو کان مثل الصداع الطارئ أو الحمی الخفیفه أو الدمل العادی لم یوجب الخیار السادس-: ان یعلم به حال وجوده فلو علم به بعد زواله لم یکن له اثر.

و قد اتفق فقهاء الفریقین أو أکثرهم علی ان البراءه من العیوب تمنع من تحقق خیار العیب و یکشف هذا عن کون سبب الخیار هو نفس العیب لا ظهوره و انکشافه و لیس حاله حال الرؤیه التی ذکروا انه لا یصح إسقاط خیارها فی العقد أو بعده لأنها إسقاط ما لم یتحقق بعد و لا ینبغی الریب ان نفس الغبن و العیب أسباب للخیار بوجودهما الواقعی لا بالعلم بهما و انما العلم کاشف و طریق لا یترتب علی الواقع أثره إلا به و لعل تعبیر أکثر الفقهاء ان الخیار یثبت بظهور العیب ناظر الی ما ذکرنا لا الی کون الظهور هو السبب کما تخیله بعض و من هذا القبیل عباره (المجله) ماده (۳۳۷) ما بیع بیعاً مطلقاً إذا ظهر به عیب قدیم یکون

المشتری مخیراً ان شـاء رده و ان شـاء قبله بثمنه المسـمی، ثم أنه لا إشـكال فی ان هـذا الخیار كسائر الخیارات عباره عن سـلطنه علی فسـخ العقـد و إبقـائه و لكنه یمتـاز بخصوصـیه عن اترابه و هی ان المشتری مثلاـ كمـاله الفسـخ بـالعیب و استرداد الثمن له الإمسـاک و المطالبه بالنقیصه ای التفاوت ما بین الصـحیح و المعیب المعبر عنه فی كتب أصـحابنا (بالأرش) و هو فی أصل اللغه دیه الجراحات و اسـتعمله الفقهاء فی المال المأخوذ بدلا عن النقص المضـمون فی بدن أو مال و لم یقدر له الشارع مقداراً معیناً علی خلاـف فی ذلـک فالمشـهور عنـد علمائنـا ان العیب یوجب الخیـار للمشتری فی المبیع و للبـائع فی الثمن بهـذا الترتیب ۱-: الفسخ و التراد.

۲-: الإمساک بالأرش.

۳-: الإمساک مجاناً.

و خـالفهم آخرون فقـالوا: لیس لأحـدهما المطـالبه بالأـرش مع إمكـان التراد و انمـا تنتقـل النوبه إلی الأرش إذا امتنع الرد لأحد الأسـباب المانعه التی سـیأتی ذكرها و هـذا هو الظاهر من أكثر فقهاء المذاهب و علیه ینبغی ان تحمل عباره (المجله) و ان كانت مطلقه حیث یقول فی آخر الماده و لیس له ان یمسک المبیع و یأخذ ما نقصه العیب ا ه ضروره ان استحقاق المطالبه بالأرش ای النقیصه متفق علیه فی الجمله و لكن بین قائـل به مع إمكـان الرد و بین من خصه بصوره الامتناع فإطلاق عباره (المجله) غیر مراد كما نصت علیه ماده (۲۵۰) الآتیه من انه إذا تعذر الرد له

المطالبه بنقصان الثمن.

(ماده: ۳۳۸) العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبره.

قد ذكرنا أن أهم مباحث البيوع أبواب الخيارات. و أهم أنواع الخيار خيار الغبن و العيب، و أهم مباحث العيب و الغبن تعيين الضابطه و التعريف للعيب الموجب للخيار، و الغبن الذى هو على ذلك الغرار، و قد اضطربت كلمات علماء الفريقين فى ضابطه ذلك و الكلمه الدائره عند فقهاء المذاهب و تأثرتهم (المجله) فيه هى ان العيب ما ينقص القيمه و هى أبعد كلمه تقال فى هذا الموضوع ضروره أن الصفات الكماليه مثل كتابه العبد و جمال الجاريه و فراهه الفرس كلها تزيد فى قيمه موصوفاتها و عدمها ينقص القيمه مع ان عدم كتابه العبد ليست عيباً و ان كان وجودها كمالًا و بالجمله فخلل هذا التعبير لا يخفى و ان شاع فى كلمات القوم فإنه أبعد شى ء عن الحقيقه، و أتقن ما يليق من التحقيق فى المقام ان يقال- لا- ريب اننا إذا اعمقنا الفكر فى الحقائق النوعيه من حيث وجوداتها الخارجيه، اعنى من حيث مصاديقها المتكثره و تحققاتها المتكرره، نجدها متقومه من أمرين.

موجودات متعدده محسوسه قد ارتبط بعضها ببعض حتى صارت كشى ء واحد، و نسميها أجزاء أو أعضاء أو ما أشبه ذلك.

و معانى نتعقلها فى الذهن و لا نجد الا آثارها فى الخارج و لا تحس بالحس الخارجى و انما تعرف بالحس الباطنى و نسميها أوصافاً و أحوالا

ثم نجد فى النظره الثانيه ان من تلك الاجزاء أو الأوصاف ما لا ينفك عن تلك الحقيقه فكل فرد يوجد منها فإنما يوجد ملتئما من تلك الأمور و إذا خلا فرد من بعض تلك الاجزاء يعد عند العرف و العقلاء شاذاً و خارجا عن ناموس تلك الطبيعه فيعرف بذلك أن كل واحد من تلك الاجزاء هو من مقتضيات تلك الطبيعه و لوازم تلك الحقيقه بخلاف بعض الأجزاء التى قد توجد و قد لا توجد و عدم وجودها فى بعض الافراد لا يوجب عده من شواذ الحقيقه و فلتأت الطبيعه و بذلك نعرف الأجزاء الأصليه أى ما تقتضيه الحقيقه و الماهيه من الاجزاء الزائده الفرعيه التى يقتضيها وجود الفرد بشخصيته لا وجود الماهيه من حيث هى فنقص جزء من هذه الاجزاء لا يعد عيباً و لا نقصاً فى ذلك الفرد سواء زادت به القيمه أم نقصت بخلاف الاجزاء من النوع الأول فإن فقد شى ء منها يعد نقصاً و عيباً سواء زادت القيمه بنقصه أم نقصت فنقص القيمه أجنبى عن قضيه العيب بالكليه، و هكذا الكلام بالنسبه إلى الأوصاف و الأحوال نوع منها لا تنفك افراد تلك الحقيقه عنه الا شاذاً نادراً فيحكم العرف بأنه من مقتضيات تلك الطبيعه و لوازمها، و نوع آخر قد يوجد و قد لا يوجد و حيث لا يوجد لا يعد الفاقد شاذاً خارجا عن ناموسها العام،،، مثلا:

ننظر فى أجزاء الإنسان فنجد الشعر على العموم جزء منه لا تنفك افراد طبيعته عنه و لكنه فى حاجبه و أشفار عينيه و نحوها جزء لازم فى كل فرد الا الشاذ النادر، و أما فى ناصيته من القذال أو الوفره و نحوها فغير لازم يوجد فى بعض الافراد و لا يوجد فى بعضها و لا يعد فقده شذوذاً

و ليس الأنزع كفاقد شعر الحاجبين طبعاً، و من هنا نعرف ان فقدان شعر الناصيه ليس عيبا لأنه ليس خروجاً عن مقتضى الطبيعه بخلاف الأخص الذى لا ينبت الشعر على بدنه و مثل ذلك فى الأوصاف فإن أجسام البشر تقتضى حسب حقيقتها ان يكون للجسم لون واحد من بياض أو سمره أو سواد فلو وجد فرد جسمه كان ملمعا بالبياض و السمره مثلا كان خروجاً عن مقتضى الطبيعه كالبرص و البهق و نحوهما و هكذا فى كل نوع من الأنواع و كل حقيقه من الحقائق لها اقتضاء خاص من حيث الأجزاء و الأوصاف نعم قد ينقلب الأمر و تنعكس القضيه فتصير هناك حقيقه ثانويه وضعيه تغلب على الحقيقه الأوليه الطبيعيه، مثلا- الغلفه (يعنى عدم الختان) من مقتضيات طبيعه الذكور و من الاجزاء التى يولد الإنسان الذكر معها و لكن الوضع بل الشرع عند المسلمين اقتضى الخروج عن هذه الحقيقه (١)

١- و نظير هذا من أمثله الأوصاف و ان لم تكن من العيوب- اللحى- فان مقتضى طبيعه الإنسان الذكر ان تكون له لحيه إذا بلغ السن المخصوص و لكن انعكست القضيه بالنظر الى الحقيقه الثانويه، و صار التواضع التقليدى على حلق اللحى بحيث أوشك أن يعد مقتضى الطبيعه و الفطره و هو كون اللحى عيباً و إزالتها كمالا، و من المستظرف هنا قول بعضهم. رأيت فى جلق غزالا تجار فى وصفه العيون فقلت ما الاسم قال موسى قلت نا تحلق الذقون نعم هذا زمان حلق الذقون. فانا للّه و اليه راجعون.

فصارت الحقيقه الثانويه هى (الختان) و صارت الغلفه عيباً و يشهد لهذا التحقيق الرشيق من أخبار أهل البيت عليهم السلام- قصه القاضى ابن أبى ليلى- حيث جاءه رجل بخصم له فقال: ان هذا باعنى هذا الجاريه فلم أجد شعراً على ركبها (بفتح اوله و ثانيه- محل نبات الشعر من العانه) و زعمت انه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبى ليلى: ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت، فقال له: أيها القاضى ان كان عيباً فاقض لى به، فقال حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فانى محمد بن مسلم (هو من خواص أصحاب الصادق و أبيه الباقر سلام اللّه عليهما) فقال: أى شى ء تروون عن أبى جعفر فى المرأه لا تكون على (ركبها) شعر، أ يكون هذا عيباً، فقال محمد بن مسلم. اما هذا نصاً فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلّم أنه قال (كلما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب) فقال ابن أبى ليلى. حسبك هذا- فرجع الى القوم فقضى لهم بالعيب، ا ه.

و كل هذه الاعتبارات و المعانى حقائق قائمه بنفسها ليس لزياده القيمه و نقصها دخل فى صدق كونه عيباً أو غير عيب، أ لا ترى ان الحب اى قطع آله التناسل عيب بلا ريب لأنه خروج عن مقتضى حقيقه الإنسان الذكر و مع ذلك فهو مما يزيد قيمه المملوك قطعاً و لكن ذلك لا يخرجه عن كونه عيباً يوجب الخيار مع عدم العلم غايته انه لا موضع لطلب الأرش هنا إلا بتكلف ربما يأتى محل ذكره، و على كل حال فجعل

ضابط العیب هو زیاده القیمه و نقصها و ان شاع فی کلمات کثیر من فقهاء الفریقین و لکنه من الأوهام الشائعه و بعید عن الحقیقه أشد البعد و قد عرفت ان جمیع الصفات الکمالیه وجودها یزید فی القیمه و عدمها ینقصها طبعاً، و لیست هی بعیوب قطعاً.

(ماده: ۳۳۹) العیب القدیم

هو ما کان موجوداً فی المبیع و هو عند البائع.

هذه الماده و ما بعدها:-

(ماده: ۳۴۰) العیب الذی یحدث فی المبیع

و هو فی ید البائع بعد العقد و قبل القبض حکمه حکم العیب القدیم الذی یوجب الرد.

و (ماده: ۳۴۱) إذا ذکر البائع ان للمبیع عیب کذا و کذا

و قبل المشتری مع علمه بالعیب فلا یکون له الخیار بسبب ذلک العیب.

و (ماده: ۳۴۲) إذا باع مالا علی انه بری ء من کل عیب ظهر فیه فلا یبقی للمشتری خیار عیب.

هذه المواد لبیان شروط تحقق خیار العیب و مع فقد واحده لا یثبت الخیار و هی مع الاختصار- کون العیب قبل العقد أو قبل القبض و جهل المشتری به حین العقد أو قبله و عدم برأیه البائع من العیوب، أما

(ماده: ۳۴۳) من اشتری مالا و قبله بجمیع العیوب لا تسمع منه دعوی العیب بعد ذلک،

مثلا- لو اشتری حیواناً بجمیع العیوب و قال قبلته محطماً مکسراً أعرج معیباً، فلا صلاحیه له بعد ذلک ان یدعی بعیب قدیم فیه.

و (و ماده: ۳۴۴) بعد اطلاع المشترى على عيب فى المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاک سقط خياره،

مثلا- لو عرض المبيع للبيع کان رضا بالعيب، فلا يرده بعد ذلک.

هاتـان المادتـان لبيـان مسـقطات خيـار العيب، و قـد أنبأناک من قبل ان أهم مباحث الخيارات التى هى أهم أبواب البيوع- خيار الغبن و خيار العيب- و أهم مباحث خيار العيب ثلاث نواحى.

۱-: ضابطه العيب الذى يثبت به الخيار.

۲-: مسقطات هذا الخيار.

۳-: التنازع بين البائع و المشترى فى وجود العيب و عدمه، و حدوثه و قدمه و أمثال ذلک.

و قـد تقـدم الکلاـم فى الأـولى على ابسـط بيان و أتقنه، و هـذا موضع القول فى الناحيه الثانيه، و هى من ميادين السـباق لفرسان التحقيق، و سيأتى الکلام على الثالثه قريباً إن شاء اللّه تعالى.

اما مسقطات هذا الخيار

اشاره

فهى ثلاثه.

مسقطات الرد فقط، و مسقطات الأرش فقط، و مسقطاتهما معاً،

اما مسقطات الرد

اشاره

فأمور.

الأول-: إسقاطه بعد العقد صريحاً قبل ظهور العيب أو بعده،

بـأن يقول: أسـقطت حق الرد لو ظهر عيب، ثم ان ظهر العيب يکون له الأـرش فقط اما لو أسـقط الخيار مطلقا فالظاهر سـقوطهما

معا.

اما لو أطلق الالتزام بالعقد فالأرش لا يسقط.

الثانی–: التصرف فی المعیب سواء بعد ظهور العیب أو قبله

بمطلق التصرف أو خصوص التصرفات الناقله ای الموقوفه علی الملک کالبیع و الرهن و أمثالها أو خصوص ما دل علی الرضا و الالتزام بالعقد احتمالات بل أقوال، فیها لتضارب کلمات العلماء أوسع مجال، و أحق ما ینبغی ان یقال هنا من التحقیق ان التصرف لا یخلو اما ان یبقی معه مجال لإمکان الرد أو ینقطع به إمکان الرد شرعاً أو عرفاً کما لو وطئ الجاریه أو أحبلها أو نجز وقفیه الدار أو جعلها مسجداً و نحو ذلک، و لا إشکال فی ان مثل هذه التصرفات مانعه من الرد قولا واحداً و إذا ظهر العیب یتعین أخذ الأرش، و إذا بقی مجال للرد کما لو رکب الدابه أو لبس الثوب أو سکن الدار فان ظهر بهذا التصرف التزامه بالعقد و إسقاطه الرد– سقط و تعین الأرش و ان لم یظهر منه ذلک فالخیار باق بحاله ان شاء فسخ و ان شاء أمسک مجاناً أو بالأرش، و المرجع من الاخبار فی هذه القضیه مرسله جمیل فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد به عیناً قال: ان کان الثوب قائماً بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن و ان کان الثوب قد قطع أو خیط أو صبغ رجع بنقصان العیب، و الصحیح. أیما رجل اشتری شیئاً و به عیب أو عوار و لم یتبرأ الیه و لم ینبه فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئا و علم بذلک العوار و بذلک العیب فإنه یمضی علیه البیع.

الثالث–: تلف العین أو ما هو بحکم التلف کالعتق و الرهن و نحوهما

فان الخیار یسقط هنا إجماعاً و ان لم نقل بالسقوط فی سائر الخیارات عند التلف فان الرد فی المرسله المتقدمه أنیط بقیام العین و أی قیام لها مع

التلف أو ما بحكمه بل لو انتقل الى الغير أو انعتق العبد قهراً فلا رد لعدم قيام العين فان الظاهر منه اعتبار بقائها على ملك المشترى، نعم يمكن الحاقه بالتصرف لا بالتلف و على كل فلو عاد الى ملك المشترى فالظاهر ان الخيار لا يعود بقاعده (الساقط لا يعود) و قيل يعود و لا يخلو من وجه ثم ان الأصحاب اتفقوا على ان وطئ الجاريه عيب يمنع من الرد بالعيب القديم و الأصل فى ذلك أخبار خاصه منها خبر طلحه قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل اشترى جاريه فوطئها ثم رأى فيها عيباً قال: تقوم و هى صحيحه و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين، و فى أخرى. كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى الأمه فوطئها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم و له أرش العيب، و استثنوا من هذا- الحامل- فان الحمل عيب ترد به الأمه فلو وطئها و هى حامل جاهلا أو مطلقا بردها مع نصف عشر قيمتها النكاحه إياها، و فى أخرى عشر قيمتها، و تحمل على البكر حيث يتحقق الحمل مع البكاره كما قد يتفق و يشهد له روايه ثالثه. ان كانت بكراً فعشر قيمتها و ان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها، و ربما يخص ذلك بالحامل من مولاها فإنها أم ولد تشبثت بالحريه فلا يجوز بيعها و التفصيل موكول الى محله.

الرابع-: من مسقطات الرد بالخصوص حدوث عيب عند المشترى

و تحرير ذلك ان العيب اما ان يكون قد حدث قبل العقد و بقى الى ما بعده و اما ان يكون حدوثه بعده اما قبل القبض أو بعده و الحادث بعد القبض اما ان يكون فى أثناء خيار المشترى أو فى أثناء خيار البائع أو فى

أثناء خيارهما و على جميع التقادير فاما ان يكون حدوثه بآفه سمائيه أو بمباشره بشر اما البائع أو المشترى أو أجنبى و يظهر حكم عامه هذه هذه الصور مما تقدم، و المقصود بالبيان هنا ان خصوص العيب الحادث عند المشترى بعد قبضه و انقضاء خياره مانع من الرد بالعيب المقارن للعقد سواء حدث فى حينه أو قبله، و لكن إذا كان العيب من فعل البائع أو أجنبى فهو مضمون عليه لا على المشترى و لا فسخ بل يستحق المشترى أرش العيب، و المراد هنا بالعيب الحادث المانع من الرد- هو الأعم من العيوب الموجبه للأرش الموجبه للخيار حسب ما سبق و من التغيرات الحسيه و المعنويه الموجبه نقصا فى الماليه- فمثل تبعض الصفقه و نسيان العبد الكتابه و خياطه الثوب و صبغه و قطع الأخشاب كلها مانعه من الرد ان أوجبت نقصا فى الماليه و ان لم تكن عيوباً اصطلاحيه أو عرفيه إلا إذا قلنا بان العيب مطلقاً هو ما يوجب نقص قيمه أمثاله لو لا هذا الوصف و على كل فهى كما عرفت مانعه من الرد اتفاقاً الا ما نسب الى الشيخ المفيد قدس سره من ان العيب الحادث لا يمنع الرد مطلقاً و هو خلاف المتفق عليه عند أصحابنا بل و عند أكثر فقهاء الجمهور.

نعم لو رضى البائع به على عيبه فلا إشكال لأن الحق بينهما فإذا تراضيا فلا مانع،،، هذا لب ما ينبغى ان يقال فى مسقطات الرد.

اما مسقطات الأرش فقط

اشاره

فأمران.

الأول-: ما لو اشترى ربويا بمثله فظهر فى أحدهما عيب،

مثلا- لو اشترى حنطه بمثلها وزنه بوزنه و ظهر فى إحداهن عيب فإن أخذ

الأرش لا یمکن لاستلزامه الربا و اجازه بعض فقهائنا و نسبه الی بعض الشافعیه بدعوی ان عدم الزیاده انما تعتبر فی المتماثلین فی ابتداء العقد و الأرش غرامه شرعیه لا تقدح فی العقد السابق حتی تغالی فجوز أخذ الأرش من جنس العوضین فضلا عن غیره و هو محل نظر فإن الأرش تدارک وصف الصحه فهو کجزء من المبیع و لذا قالوا: الأوصاف أجزاء عقیله، اللهم الا ان یقال ان الشارع فی الربویین قد ألغی وصف الصحه فصار سواء وجوده و عدمه و لذا لم یجوز وزنه ردیه بنصف وزنه جیده و ان تساویا فی القیمه و إذا سقط وصف الصحه شرعا فلیس الأرش سوی حکم خارجی، و المسأله معقده و قد التبس فی المقام العیب و الصحه بالجوده و الرداءه، و هی محتاجه إلی ضرب آخر من التحقیق لا یتسع له المجال

الثانی-: العیب الذی لا یوجب نقصا فی القیمه بل قد تزید به

و المثال المعروف له عند الفقهاء الخصاء فی العبید و لا یخلو من مناقشه و یمکن ان یکون منه العنب إذا فسد فإنه قد یطلب بأکثر من قیمته عنبا للتخلیل أو التخمیر و الأمثله غیر عزیزه.

الثالث-: ما یسقط الرد و الأرش معا،

اشاره

و هی أمور.

«أحدها» قبول المشتری کل عیب عند العقد

قدیمه و حادثه و هو إسقاط لحقه فیما یقتضیه العقد علی المعیب من الخیار.

«ثانیها» برأیه البائع من العیوب فی العقد تفصیلا أو إجمالا،

و مرجع البراءه هنا إلی إسقاط کلما للعیب من أثر من خیار أو أرش أو غیرهما أولًا و بالذات لا ثانیاً و بالعرض فلو تلف المبیع بالعیب السابق فی خیار

المشتری لم یسقط ضمان البائع و ان توهم البعض ذلک، و لا ریب ان القدر المعلوم من صحه البراءه من العیوب السابقه علی العقد، اما المتجدده الموجبه للخیار کالعیوب الحادثه قبل القبض أو الحادثه فی العبد إلی سنه فیشکل صحه البراءه منها لأنها إسقاط ما لم یجب و یمکن تصحیحها بان العقد یقتضی الخیار عند حصولها و یکفی لصحه الاسقاط وجود المقتضی فلیتأمل.

«ثالثها» علم المشتری بالعیب

فإن إقدامه علی المعیب مع علمه یسقط حقه من الخیار لان الخیار انما جعل تدارکا لجهله بالعیب فلا وجه له مع العلم.

ثم ان عد هذه الثلاثه من مسقطات الخیار مبنی علی ان وجود العیب بذاته مقتض للخیار فالبراءه تسقط اقتضائه، و الا فالعقد مع العلم بالعیب أو برأیه البائع منه أو قبول المشتری لم یثبت فیه خیار أصلا حتی یسقط بأحد الأمرین فهی من قبیل الدفع لا الرفع فلیتدبر.

«رابعها» زوال العیب قبل العلم به

سواء کان بعد القبض أو قبله و هو بالنسبه إلی تأثیره فی سقوط الرد ظاهر لأن المتبادر هو رد المعیب حال الرد لا رد ما کان معیبا، اما الأرش فقد ثبت بوجود العیب حین العقد و زواله حدث فی ملک المشتری فسقوطه بعد ثبوته یحتاج الی دلیل، و ربما تبنی المسأله علی قاعده (ان الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالذی لم یعد) فیسقط الرد و الأرش علی الأول و لا یسقط شی ء منهما علی الثانی و لکن لا اثر لهذه القاعده عند فقهائنا بل یتبعون فی کل قضیه ما یستفاد من دلیلها من الکتاب و السنه.

«خامسها» التصرف فی المعیب بعد العلم بالعیب

فإنه یسقطهما معاً اما سقوط الرد فظاهر، و أما سقوط الأرش فلأن التصرف دلیل علی الرضا بالمعیب، و دعوی ان الرضا بالمعیب لا یدل علی الرضا بالعیب مدفوعه بأن ظاهر الرضا بالشی ء قبوله علی الإطلاق، أی من دون قید الأرش و کذا.

«السادس» و هو التصرف فی المعیب الذی لم تنقص قیمته

فان الرد یسقط بالتصرف و الأرش ساقط بعدم النقص.

«سابعها» تأخیر الرد و المطالبه بالأرش

بناء علی فوریه هذا الخیار کما لا یبعد.

و قد تذکر مسقطات أخری و لکن ما ذکرناه أشهرها و أظهرها و جدول المسقطات عموماً کما یلی مسقطات الرد فقط.

(۱) إسقاط الرد فی العقد و التزام الأرش لو ظهر معیباً.

(۲) تصرف المشتری فی المبیع تصرفا مانعا من الرد.

(۳) تلف العین عند المشتری.

(۴) حدوث عیب عند المشتری و منه تبعض الصفقه.

مسقطات الأرش فقط.

(۵) العقد علی ربویین و قد ظهر العیب فی أحدهما.

(۶) العیب الذی لا یوجب نقص القیمه.

مسقطاتهما معاً

(۷) العلم بالعیب قبل العقد (۸) برأیه البائع من العیوب فی متن العقد.

(۹) قبول المشتری بکل عیب فی متن العقد.

(۱۰) زوال العیب قبل العلم به (۱۱) التصرف فی المعیب الذی لم ینقص العیب قیمته.

(۱۲) حدوث العیب فی المعیب الذی لم ینقصه العیب.

(۱۳) تأخیر الأخذ بالخیار فسخاً أو أرشاً أو إمضاء.

و الی بعض هـذه المسـقطات أشارت (المجله) فی ماده (۳۴۱) المتضـمنه ان قبول المشتری مسقط و ماده (۳۴۲) المتضمنه برأیه البائع و ماده (۳۴۳) هی عین ماده (۳۴۱) و ان تضـمنت عدم سماع دعواه بعد قبوله بالمعیب و ماده (۳۴۴) المتضمنه ان التصرف بعـد العلم بالعیب مسـقط للخیار و ماده (۳۴۵) المشـتمله علی بیان ان حـدوث العیب الجدید عند المشتری یسـقط الخیار بالعیب القدیم، فانتصـرت علی ذکر أربعه من المسقطات (القبول، البراءه، التصرف، حدوث العیب الجدید) و أهملت ذکر تسعه علی أن الذی ذکرته لم تمیز فیه بین مسـقط الرد فقط من مسـقط الأرش أو مسقطهما معاً، و هذه ومضه مما ذکره أصحابنا فی هذا المقام لیس لنا فیه الا طرافه البیان و حسن التحریر.

ثم ان التصرف کما أشرنا إلیه سواء کان موجباً للتلف الحقیقی أو الحکمی أم لا، و سواء کان دالا علی الرضا أم لا، لا یوجب الا سقوط الرد و له المطالبه بالأرش فما فی (ماده ۳۴۴) لو عرض المبیع للبیع بعد اطلاعه

على عيب قديم فيه كان عرضه للبيع رضا بالعيب إلخ، غير منقح لما عرفت ان الرضا بالمعيب ليس رضًا بالعيب فكان اللازم ان تقول لا برده و له المطالبه بالأرش.

(ماده: ٣٤٦) نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار أهل الخبره الخالين عن الغرض،

و ذلك بان يقوم الثوب سالماً ثم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى و على تلك النسبه يرجع المشترى على البائع بالنقصان إذا تسالم المتبايعان على وجود العيب القديم و على مقدار التفاوت بين الصحيح و المعيب فلا إشكال فى انه ينقص من الثمن المسمى بمقدار ذلك التفاوت إذا كان المسمى مساوياً للقيمه كما لو كان قيمه الصحيح عشرين و هى المسمى و المعيب خمسه عشر فيرجع بالربع، اما لو كانت صحيحاً أزيد من المسمى و معيباً مساويه أو أقل، انقص من المسمى بتلك النسبه، و كذا لو كان سالماً و معيباً أنقص من المسمى، أو سالماً و معيباً أزيد من المسمى، و قد مثل لهذه الصور الأربعه فى (المجله) بقوله:

مثلا- لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً و بعد ان قطعه و فصله اطلع المشترى على عيب قديم فيه فقوم أهل الخبره ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً أيضاً و معيباً بالعيب القديم بخمسه و أربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصوره خمسه عشر قرشاً فيرجع بها المشترى على البائع و لو أخبر أهل الخبره ان قيمه ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً و معيبا ستون قرشاً فيما ان التفاوت بين القيمتين عشرون قرشا و هى ربع الثمانين قرشا

فللمشترى أن يطالب بخمسه عشر قرشاً التى هى ربع الثمن المسمى و لو أخبر أهل الخبره ان قيمه ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً و معيبا أربعون قرشا فبما ان التفاوت الذى بين القيمتين عشره قروش و هى خمس الخمسين قرشا يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى و هو اثنا عشر قرشا.

اما لو اختلفا فى كونه معيبا أم لا أو اتفقا و اختلفا فى التفاوت بين الصحيح و المعيب فالمرجع فى المقامين الى أهل الخبره بتلك السلعه فى أصل العيب و فى قدر التفاوت، و المراد بأهل الخبره- العارف المتخصص بمزاوله تلك السلعه، الخبير بتلك الصنعه، بيعا و شراء أو عملا كالبزازين فى الأقمشه و الصياغين فى الحلى و هكذا، ثم الرجوع اليه و الاعتماد على قوله اما ان يكون من باب الاخبار عن القيمه السوقيه، و ان هذه الحنطه تباع اليوم فى السوق بكذا فهو حينئذ اما من باب الشهاده فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشاهد من الحس و العداله و التعدد و ان كان من باب خبر الواحد و قلنا باعتباره فى الموضوعات كفى العدل الواحد و اما ان يكون اخباراً عن رأيه و انه بحسب معرفته و مزاولته لهذا النوع يعرف مزايا أصنافه و افراده و يقول: ان هذا ينبغى ان تكون قيمته كذا من دون نظر الى ان قيمته السوقيه كذلك أم لا- فهو حينئذ من باب الفتوى و نظير الاجتهاد فى باب الاحكام و تعيين حكم المفهوم الكلى لا- يلزم فيه التعدد و لا- الحس و تكفى العداله فقط أى حصول الاطمئنان بمعرفته ثم بقوله و أما ان يكون من باب التطبيق و تعيين المصداق فقط بان يكون احكام

الأنواع و الکلیات فی السوق معلومه و انما الشک فی انـدراج هـذا الفرد بأی الأنواع فالعارف الخبیر یعین أنه من النوع الفلانی و قیمته معلومه فیکون أشـبه ببـاب الحکومه و القضـاء فلاـ یحتـاج الی التعـدد أیضاً، و یکفی الاطمئنان و الثقه، و خیر هـذه الوجوه الثلاـثه أوسـطها فـإنه من باب رجوع الجاهل الی العالم، و یسـمی فی الأحکام فتوی و اجتهاد و فی الموضوعات رجوع الی أهل الخبره و الملاک فی المقامین واحد فلیتدبر.

فلو اختلف المقومون فقیـل یؤخـذ بالأقل للأصل و قیل بالأکثر لأنه مثبت و قیل بالقرعه لأنها لکل أمر مشـکل نظراً لعـدم إمکان الیمین لجهـل کل من المتبایعین بالواقع حسب الفرض، و یحتمل تعین إلزام الحاکم لهم بالصـلح، و الأصـح لزوم الجمع و العمل بکلا القولین و لو فی الجمله فإذا قال أحدهما قیمته مثلا سـته و قال الآخر أربعه أخذنا نصف السته ثلاثه و نصف الأربعه اثنین و جعلنا القیمه خمسه و هکذا، و مدرک تعین هذه الطریقه أمران أحدهما (قاعده العدل) التی ذکرناها فی القواعد العامه.

ثانیهمـا-: (قاعـده ان العمل بالـدلیلین المتعارضـین) و لو فی الجمله أولی من طرح أحـدهما تماماً و العمل بالآخر، و لـذا حکموا بالتنصـیف فیمـا لو تعـارضت البینتان فی دار بیـد رجلین یـدعیها کل منهما و فیه جمع بین الحقین فی الجمله و حرمان واحـد فی الواقع من بعض حقه اولی من ارتکـاب مـا یوجب حرمان صاحب الحق. تماما و کل من هـذین الـدلیلین مقنع و ان سالت أباطح الجدل باعناق

المناقشات و الإشكالات عليهما، ثم ان الاختلاف اما ان يكون فى قيمه المعيب فقط. أو فى قيمه الصحيح فقط. أو فيهما معا. فان كان الاختلاف مؤلفاً من اثنين جمعت القيمتان و أخذ النصف. و ان كان من ثلاثه أخذ الثلث و هكذا.

هذا بعد الاتفاق على العيب. اما لو اختلفا فيه فقال واحد انه صحيح لا عيب فيه. و قال الآخر: أنه معيب فلا ينبغى الإشكال فى أن قول مدعى الصحه مقدم الا ان تكون هناك قرائن مقاميه ترجح قول الآخر الذى هو على خلاف الأصل. و هاهنا أبحاث جمه. و تحقيقات مهمه. تطلب من مؤلفاتنا المبسوطه. و هذه ومضه من تلك البروق كافيه إن شاء اللّه.

(ماده: ۳۴۷) إذا زال العيب الحادث صار العيب موجبا للرد على البائع.

حق المعنى الصحيح ان يقال: عاد الخيار بالعيب فاما الفسخ أو الإمساک مجانا أو بالأرش، و هذا مبنى على القاعده المتقدمه فى ضمن القواعد العامه- إذا زال المانع عاد الممنوع و كان العيب الجديد مانعاً فإذا زال عاد الخيار بالعيب القديم. ثم ان من المعلوم أن ما ذكروه من ان العيب الحادث عند المشترى يمنع من الرد بالعيب القديم أى الذى كان عند البائع و ان المشترى ليس له الا المطالبه بالأرش. كل ذلک معناه أن المشترى لا حق له ان يلزم البائع بقبول المعيب بالعيب الجديد و حاصله أنهما تساويا فى السبب فسقط عن التأثير و ليس مراعاه أحدهما بأولى

من مراعاه الآخر، أما لو رضى البائع رد الثمن و أخذ المعيب الحادث و القديم، فذاك تنازل منه و ليس للمشترى أن يلزمه بالأرش بالضروره و هو الوجه فى

(ماده: ۳۴۸) إذا رضى البائع أن يأخذ المبيع الذى ظهر به عيب قديم

بعد أن حدث به عيب عند المشترى و كان لم يوجد مانع للرد فلا يبقى للمشترى صلاحيه الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع إلى البائع أو قبوله،،، أما لو كان قد حصل مانع من الرد كالإسقاط أو زوال العيب قبل العلم فلا رد بل و لا أرش، أو ما أشير إليه فى (المجله) بقولها: حتى ان المشترى إذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم فلا يبقى له حق فى أن يدعى بنقصان الثمن، مثلا- لو أن المشترى قطع الثوب الذى اشتراه أو فصله قميصاً ثم وجد به عيباً و بعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له أن يقول: كنت أقبله بالعيب الحادث، فبما أن المشترى باعه كان قد أمسكه و حبسه عن البائع.

و جدير هنا بان يتفطن بأنه لا داعى لهذا التطويل الذى هو بغير جدوى و لا طائل إذ قد عرفت فيما مر عليك أن تصرف المشترى بالمعيب بعد اطلاعه على العيب يسقط أصل خياره فلا فسخ و لا أرش و لا غير ذلك و صار العقد السابق لازما فلو باعه المشترى مع علمه بعيبه فقد التزم به و مضى عليه و لا حاجه الى قول البائع إنى كنت أقبله بالعيب الحادث و عدم قوله، و هذا من قبيل ما يقول أهل المعقول من باب التعليل

بالعرضی مع وجود الذاتی فإن عدم حقه بالمطالبه بالنقیصه من جهه تصرفه بعد الاطلاع لا من جهه قول البائع و عدم قوله.

و قد ذکرت (المجله) فی بعض موادها المتقدمه قریباً ان تعریضه للبیع مع علمه مسقط لخیاره فکیف بوقوع البیع منه، و قولنا ان حدوث العیب یمنع الرد و له المطالبه بالنقصان انما هو حیث لا تصرف، اما مع التصرف و العلم فقد انتهی کل شی ء. فتدبره و لا تفوتک هذه المزایا فی الزوایا.

و «القصاری» أنه قد ظهر لک من المباحث السابقه جلیاً أن موضع تعین الأرش هو تصرف المشتری فی المعیب قبل العلم بالعیب تصرفا یمنع من الرد. و التصرف المانع من الرد هو الذی لا یبقی معه صدق کون المعیب قائما بعینه فان النص جعل قانون الرد هو قیام العین کما فی مرسله جمیل المتقدمه: ان کان الثوب قائما بعینه رده علی صاحبه و ان کان قد قطع أو خیط أو صبغ رجع بنقصان العیب. ا ه. و هذا هو الذی ترید (المجله) بیانه فی ماده (۳۴۹) کل موضع لا یمکن للمشتری فیه ان یرد المبیع القائم فی ملکه للبائع بدون رضائه أو برضاه إذا أخرج المبیع عن ملکه (ای قبل علمه بالعیب) یرجع علی بائعه بنقص الثمن، بناء علیه الزیاده المتصله الغیر متولده. و هی ضم شی ء من مال المشتری و علاوته الی المبیع تکون مانعا من الرد. مثلا- ضم الخیط و الصبغ الی الثوب بالخیاطه و غرس الشجر فی الأرض من المشتری مانع من الرد. و بناء علی الضابطه التی عرفتها للرد و عدم الرد تعلم ان الزیادات تختلف فی ذلک من حیث

صـدق قيام العين و عـدم صـدقه، و تحرير المقام يحصل بتنقيح ان الزياده أما متصـله أو منفصـله، و المتصـله إما لانضـمام جسـم خارجى إليها أو بنمو من نفسـها و لو بسـبب خارجى، و المنفصـله اما متولـده أو غير متولده، فالأولى كالصـبغ و الخياطه و غرس الأشـجار و كلها تمنع من الرد لعـدم صـدق قيام العين معها، أما الثانيه فهى مثل سـمن الـدابه و كبرها و قوتها، و هذه لا تمنع من الرد ضـروره صـدق قيام العين، أما الثالثه فمثل الشاه إذا ولـدت و الجاريه إذا حملت. بناء على ان الحامل و الحمل كالمظروف و الظرف فهى مبتنيه على ان الحمـل فى الجـاريه عيب يـوجب الرد كمـا هـو المتفق عليه عنـد أصـحابنا و حينئـذ يكون حـدثه عند المشترى مانعـاً من الرد بعيب آخر قـديم و لكنهم مع اتحـاد ملاك المسألتين اختلفوا هنا بين قائل بأنه مانع مطلقا و بين من قيـده بمـا إذا كـان موجبـاً لنقص الجاريه، و قيل ليس بعيب كما هو الأشـهر فى غير الجاريه كالشاه و نحوها من الحيوانات و «بالجمله» فالمسـئله لاـ تخلو من نظر و فيها خلاف مترامى الأطراف بين أصـحابنا، و إذا رجعنا إلى الضابطه و هى صـدق قيام العين نجـدها أشـكل لعـدم وضوح ان هـذا المقدار من التغيير يمنع صدق قيام العين أم لا كما ان صدق العيب عليه غير معلوم فبعض يقول إنه زيـاده، و آخر يقول انه زياده و لكنها فى المعنى نقيصه لأنها معرضه للخطر خصوصاً فى الجاريه التى يمنعها الحمل من كثير من الاعمال فضـلا عن خطر الولاده و الوضع هذا فى الحمل الذى ليس هو بتصرف المشترى، إماما كان بتصرفه فلا إشكال فى كونه مانعاً من الرد لأن الوطء من التصرفات

المـانعه اتفاقاً كمـا سـبق و ان لم يكن مغيرا للعين فضـلا عمـا إذا غيرهـا بالحبـل و عنـد الشك فى مورد فلا بـد من الرجوع الى الأصول العامه المقرره للرجوع إليها عند الشك و عدم الدليل القاطع.

(أمـا الصوره الرابعه) أعنى الزيـاده المنفصـله كـالحنطه من الأـرض و التمر من النخل و الأجره من الـدار و أمثال ذلك فلا ينبغى الإشـكال فى انها غير مانعه من الرد مطلقا لصدق قيام العين بالضـروره و من هنا يظهر لك وجه تقييد (المجله) الزياده المانعه من الرد بأنهـا هى المتصـله الغير متولـده فإنهـا هى القـدر المتيقن من الزياده اما ما عـداها فبين ما هو محل خلاف و بين ما هو متيقن بعدم المنع فليتدبر.

(ماده: ۳۵۰) إذا وجد مانع للرد ليس للبائع ان يسترد المبيع

و لو رضـى بـالعيب الحادث بل يصـير مجبوراً على إعطاء نقصان الثمن حتى انه بهـذه الصوره لو باع المشترى المبيع بعـد اطلاعه على عيب قـديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البائع و يأخذه منه، مثلا- ان مشترى الثوب لو فصل منه قميصاً و خاطه ثم اطلع على عيب قـديم فيه ليس للبـائع ان يسترده و لو رضـى بـالعيب الحادث بل يجبر على إعطاء نقصان الثمن للمشترى و لو باع المشترى هـذا الثوب أيضـاً لاـ يكون بيعه مانعاً له من طلب نقصـان الثمن و ذلـك لأـنه حيث صار ضم الخيط الـذى هو من مال المشترى للمبيع مانعاً من الرد و ليس للبـائع فى هـذه الحـاله استرداد المبيع مخيطاً فلا يكون بيع المشترى حينئـذ حبساً و إمساكاً للمبيع.

هذا البيان على طوله مشوش مختل و المعنى الصحيح فيه أنه إذا تصرف

المشتری فی المبیع قبل علمه بالعیب تصرفا مانعا من الرد فلیس له إلزام البائع بأخذه، و لا للبائع ان یلزمه برده بل الوظیفه المقرره هنا أخذ الأرش. فإذا طلبه المشتری صار البائع مجبوراً علی دفعه، اما لو تراضیا و اتفقا علی رده فلا إشکال فی صحته لأن الحق بینهما فیکون المشتری أسقط حقه من الأرش و البائع أسقط حقه من التصرف و تراضیا علی الفسخ ورد کل مال الی صاحبه کالإقاله أو هی بنفسها، اما لو امتنع المشتری فلیس للبائع جبره علی رد العین، لا لقضیه ان ضم الخیط الذی هو مال المشتری صار مانعاً بل من أجل ان مثل هذه التصرفات أعنی مثل القطع و الخیاطه و الصبغ تمنع صدق قیام العین الذی هو ملاک صحه الرد سواء باعه المشتری أم لا، فتدبر هذا جیداً.

(ماده: ۳۵۱) ما بیع صفقه واحده إذا ظهر بعضه معیباً

فان کان قبل القبض کان المشتری مخیراً ان شاء رد مجموعه و ان شاء قبله بجمیع الثمن و لیس له ان یرد المعیب وحده و یمسک الباقی و ان کان بعد القبض فإذا لم یکن فی التفریق ضرر کان له أن یرد المعیب بحصته من الثمن سالماً و لیس له ان یرد الجمیع حینئذ ما لم یرض البائع و اما إذا کان فی تفریقه ضرر رد الجمیع أو قبل الجمیع بکل الثمن مثلا لو اشتری قلنسوتین بأربعین قرشا فظهرت إحداهما معیبه قبل القبض بردهما معاً و ان کان بعد القبض یرد المعیبه وحدها بحصتها من الثمن سالمه و یمسک الثانیه بما بقی من الثمن، اما لو اشتری زوجی خف فظهر أحدهما معیباً بعد القبض کان له ردهما معاً للبائع و أخذ ثمنهما منه.

تحریر هـذه الماده علی وجه التهـذیب و التنقیح، بحیث تنکشف الرغوه عن اللبن الضـریع. یحتاج الی مقدار من البسط فی البیان فنقول و منه تعالی نستمد المعونه.

أن تبعض الصـفقه لا یتحقق أو البیع صـفقه واحده لا یتحقق موضوعه طبعاً الا بتحقق تعدد ما، و التعدد اما ان یکون فی الثمن أو المثمن و اما ان یکون فی البائع أو یکون فی المشتری فالصور اربع-:

اما (الاولی) و (الثانیه) و هو ما لو اشتری شیئا واحـداً بدراهم أو دنانیر مثلا و ظهر العیب فیه أو فی واحد منهما. أو اشتری أشـیاء بدینار فظهر العیب فیه أو فی واحد منها فلیس للبائع أو المشتری تعددا أو اتحدا ان یفسخ فی المعیب منها و یقبل الصحیح بنسبته من الثمن لأن العیب ان کان فی المبیع الواحـد أو الثمن الواحد. فان فسخ فی جزء معین منه أو مشاع استلزم الشـرکه و هی عیب یمنع من الرد و حینئـذ فامـا ان یقبـل الجمیع و یطـالب بالأـرش. و مـا ان یفسـخ فی الجمیع. و ان کان العیب فی واحـد من الثمن المتعـدد أو المبیع المتعـدد فالفسـخ فی المعیب المعین منهـا یسـتلزم التفریق علی البـائع و هو نقص مانع من الرد و قـد یکون فی تفریق أمواله ضـرر علیه سواءً کانا من قبیل المصـراعین أو الخفین. أو من قبیل الثوبین أو الکتابین المتباینین فان الضرر لا ینحصر فی الأـول غـایته ان الضـرر فیه أظهر و أکثر و لو قیل لا مانع من ان المشتری یجوز له الرد بخیار العیب و یجبر البائع دفعا لضـرره بخیار تبعض الصفقه و یکون بهذا جمع بین الحقین قلنا ان هذه استحاله ظاهره فان

معنى ان للمشترى الرد بالخيار ان له سلطنه إمساك الصحيح و رد المعيب فلو جعلنا للبائع أيضاً خياراً لكان معناه ان له سلب تلك السلطنه فيكون من قبيل ما يقال هذا أمر- يلزم من وجوده عدمه- فسلب سلطنته من أول الأمر بمنعه من رد المعيب و إبقاء الصحيح فقط اولى و أقوم من هذا و أقوى ان تقول: ان القدر المعلوم من أدله خيار العيب عامه أو خاصه هو ان له الخيار فى رد الجميع أو إمساك الجميع مجانا أو بالأرش، اما إمساك البعض ورد البعض فهذا مما لم ينهض عليه دليل أصلا و أصاله اللزوم فى العقود تدفعه بل تمنعه، نعم لو وقع العقد على شيئين بثمنين كما لو قال:

بعتك الثوب بدينار و الكتاب بدرهم و ظهر فى أحدهما عيب أمكن القول بجواز الفسخ و إمساك الآخر لأنه بحكم عقدين على شيئين و ان كان فى الظاهر عقداً واحداً، و مع ذلك فلو كان فى هذا التفريق ضرر على البائع و لو. نوعاً منعناه أيضا، و قد تبنى المسأله على ان المعيب عرفا أو حقيقه و لو بالاعتبار هل هو تمام المبيع و لو باعتبار جزئه فلا يجوز حينئذ إلا رد الجميع أو المعيب هو خصوص ما تعلق العيب به و هو البعض المعين فيجوز رده بخصوصه بخيار العيب و قاعده (المعيوب مردود) اما البعض الآخر و هو الصحيح فلا سبب فيه للرد و هذا الوجه و ان كان لا يخلو من وجاهه و لكنه لا يخلو من نقاش و الأصح فى وجه المنع ما ذكرناه و صرح بعض الاعلام انه لو رضى البائع يأخذ المعيب جاز لأن الحق لا يعدوهما و هذا يؤيد ما ذكرناه قريبا من ان البائع لو رضى بأخذ المعيب بالعيب الحادث صح و كان كالإقاله فتذكر

أما (الصوره الثالثه) فهی ما لو باع اثنان دارهما المشترکه و ظهر فیها عیب و أراد المشتری ان یفسخ حصه أحدهما فلا ینبغی الإشکال فی جوازه إذ لا ضرر علی أحدهما بل العقد فی الحقیقه عباره عن عقدین فلا مانع من فسخ أحدهما دون الآخر و هو واضح.

أما (الصوره الرابعه) و هی إذا اشتری اثنان دار واحد و ظهر فیها عیب و أراد أحدهما الفسخ و هنا لا إشکال فی لزوم تبعض الصفقه الواحده علی البائع الواحد و لزوم الضرر علیه فی تبعض داره و دخول الشریک علیه فیها فالمنع فیها لعله أظهر من سائر الصور.

و قد تزید الصور علی ما ذکرنا بترکیب بعضها مع بعض و حکم الجمیع یظهر مما ذکرناه.

و أحسب انک عرفت مواضع الخدشه فی هذه الماده فإن التفصیل بین ما قبل القبض و ما بعده لا وجه له و الحکم فی الجمیع سواء، ثم التفصیل ثانیاً بین ما هو من قبیل القلنسوتین أو الخفین أیضاً لا وجه له فان نفص التفریق و تبعیض الصفقه عیب و ضرر فی الغالب فهو من العیوب الحادثه المانعه من الرد و یصدق معه عدم قیام العین لأن المراد بالعین المبیع و هو المجموع لا أبعاضه فلیتدبر.

و علی هذه القاعده و الملاک تتمشی-:

(ماده: ۳۵۲) إذا اشتری شخص مقداراً معیناً من المکیلات و الموزونات

- بل و العددیات- و بعد قبضه وجد بعضه معیباً کان مخیراً ان شاء قبله جمیعاً و ان شاء رده جمیعاً.

اما رد المعیب و إمساک الصحیح فلا، لعدم مساعده الدلیل علیه أولا و للزوم الضرر علی البائع ثانیاً، و لعدم صدق قیام العین ثالثاً، و ان کان الحکم هو المنع فی المکیلات و أخواتها فجریانه فی غیر المکیلات کالدار و العقار و الأقمشه بطریق أولی.

(ماده: ۳۵۳) إذا وجد المشتری فی الحنطه و الشعیر و أمثالهما من الحبوب المشتراه تراباً

فان کان ذلک التراب یعد قلیلا فی العرف صح البیع، و ان کان کثیراً بحیث یعد عیباً عند الناس یکون المشتری مخیراً هذه الماده و التی بعدها.

(ماده: ۳۵۴) البیض و الجوز و ما شاکلهما إذا ظهر بعضها فاسداً

فما لا یستکثر فی العاده و العرف کالاثنین و الثلاثه فی المائه یکون معفواً و ان کان الفاسد کثیرا کالعشره فی المائه کان للمشتری رد جمیعه للبائع و استرداد ثمنه کاملا.

مرجعهما إلی العاده و العرف فإنهم یتسامحون بمثل هذه الأجناس تسامحاً بالصدق أو المصداق و لکن الی حد مخصوص فإذا تجاوز ذلک الحد و أخفاه البائع أو لم یعلمه المشتری کان عیباً بل ربما تنطبق علیه عناوین اخری کالغبن و التغریر و الغش و التدلیس و الخدیعه و أمثالها و کلها محرمه تکلیفاً کما هی محرمه وضعاً ای ذات اثر وضعی و هو استحقاق الفسخ أو أخذ التفاوت.

و لیس فی الإسلام غش و لا خدع و لا خیانه، و من النبویات المشهوره (من غشنا فلیس منا) و (لا غش فی الإسلام) و أمثالها کثیر، و علی

كـل فالتسامـح فى مثـل الأطعمه و الجوز و البيض و البطيـخ و القثاء و أمثالها مما لا اشـكال فيه إذا كانت ذات كميه كثيره لا فى الواحـده و الاثنتين و الثلاث، و لكن لا يمكن تحديد ذلك التسامح و تعيين ضابطه له بأنه ثلاثه فى العشـره أو أقل أو أكثر و فى تراب الحنطه إنه ربع أو ثمن فى الحقه أو انقص أو أزيـد بـل يختلف ذلـك باختلاـف البلـدان و الأشـخاص و الأزمـان، على ان تحقق التسامـح العرفى فى مثل الجوز و البيض حتى فى الواحـده و الاثنتين غير معلوم فإذا ظهرت فاسده قد يطلبون اسـتبدالها إلا إذا كـانت واطئه القيمه جـداً كفلس أو أقل، نعم لا إشـكال فى التسامـح فى مثل التراب فى الحنطه و الماء فى اللبن، و يمكن ان نجعـل الضـابطه وجوده الاسـتقلالى و وجوده الفنـائى فـإذا كان التراب بحيث يرى و يشاهـد بين الحنطه كان عيباً و إذا كان فانيا بحيث لا يرى الا بعد الغربله و التصـفيه كان غير قادح، و مع الشك و عدم معرفه حال العرف أو ترددهم فالمرجع إلى الأصول و هى تقتضى لزوم العقد و عدم الخيار و لكن له المطالبه بالنقيصه فليتدبر

(ماده: ٣٥٥) إذا ظهر المبيع كله فاسداً لا ماليه له

فلا إشكال فى أن البيع من أصله فاسد لأنه يتقوم بالعوضين و مع فقد أحدهما لا بيع.

الى هنا انتهى كلام (المجله) فى مباحث خيار العيب و بقيت المسأله الثالثه من المسائل الثلاث التى ذكرنا أنها أهم ما فى مباحث هـذا الخيار و هى مسأله الاختلاف و التنازع بين المتعاقدين لم تذكر (المجله) شـيئاً منها مع أهميتها و كثره فروعها، و نحن نذكر رءوس مسائل الخلاف

کرءوس أقلام و ندع استخراج حکمها الی (طلاب الحقوق) کتمرین عملی علی قوه الاستنباط فان هذه المسائل أعنی مسائل الخصومه و الخلاف علی اختلاف إشکالها و أنحائها لیس فیها نصوص خاصه، و انما یستخرج الفقهاء أحکامها من القواعد العامه التی مر علیک أکثرها فی أوائل (الجزء الأول) فإن کنت أتقنت دراستها جیداً قدرت علی استخراج هذه الفروع بقلیل من التأمل إن شاء اللّه.

و المبحوث عنه من مسائل الخلاف هو خصوص ما یتعلق بالعیب، اما الخلاف فی مقدار المبیع أو جنسه أو قدر الثمن أو نوعه فهذه خلافات عامه فی مطلق البیوع لیس محل ذکرها هنا.

إذاً فتنحصر مسائل الخلاف فی خیار العیب فی ثلاث عناوین.

اشاره

الأول-: فی موجب الخیار و هو العیب.

الثانی-: فی مسقطه.

الثالث-: فی حصول الفسخ و عدمه.

أما الأول ففی مسائل.

الاولی-: لو اختلفا فی أصل حدوث العیب فادعاه المشتری و أنکره البائع، و حکمه واضح.

الثانیه-: فی کون الصفه الحادثه عیباً أو لیست بعیب کما لو صارت الدابه بطیئه السیر أو العبد کثیر النوم حیث لا یمکن الرجوع الی أهل الخبره، أو لم یکن عندهم حل هذه العقده، و هکذا فی سائر مواضع الخلاف.

الثالثه-: لو اتفقا على العيب و اختلفا أنه هل كان حدوثه عند البائع فيوجب الخيار أو عند المشتری فلا خيار، فاستخراج حكمها لا يخلو من غموض و فی طيها صور فتاره يعلم تاريخ العقد و يجهل تاريخ الحدوث و اخرى بالعكس، و ثالثه يجهل تاريخهما معاً.

الرابعه-: لو اتفقا على ان هذه العين معيبه بعيب قديم و لكن البائع يقول: ليست هی العين التی بعتها لك، و المشتری يقول: هی، و حكمها أيضاً غامض.

اما الثانی و هو الاختلاف فی المسقط

ففی طی مسائل أيضاً.

الاولى-: لو اختلفا فی علم المشتری بالعيب و عدمه و حكمه واضح.

الثانيه-: لو اختلفا فی برأيه البائع و عدمها و هو أوضح، و فيه روايه ان القول قول مدعی البراءه، و لكنها ضعيفه و مختصه بموردها و هی مكاتبه جعفر بن عيسى.

الثالثه-: لو اختلفا فی زوال العيب قبل العلم به و استخراج حكمه يحتاج إلى تأمل الرابعه-: لو اتفقا على زوال العيب و لكن البائع يقول: هو القديم و المشتری يقول هو الجديد، و هو كسابقه.

الخامسه-: لو اختلفا بعد الاتفاق على عيب قديم فی عيب مشاهد انه قديم أيضاً أو حادث عند المشتری السادسه-: لو ادعى البائع رضا المشتری بالعيب بعد علمه به أو ادعى إسقاط الخيار أو تصرفه المسقط لخياره أو حدوثه عند المشتری و أنكر

المشترى كل ذلك.

و أما الثالث و هو الاختلاف فى الفسخ

ففيه أيضاً مسائل.

الأولى-: لو اختلفا فى الفسخ بعد انقضاء زمن الخيار أو فى أثنائه فادعى المشترى أنه فسخ و أنكر البائع، و إذا لم يثبت الفسخ و الفرض أن العيب الموجب محقق فهل يستحق الأرش كى لا يخلو من الحقين أم ليس له ذلك لاعترافه بالفسخ، و احتمل بعض الاعلام ان له أقل الأمرين من الأرش و ما زاد من الثمن على القيمه إن كانت زياده لأنه بزعمه يستحق الثمن، و عليه رد القيمه ان كانت العين تالفه فيقع التقاص فى القيمه من الثمن و الزائد منه ان كان أقل من الأرش أخذه و الا أخذ الأرش، فليتأمل.

الثانيه-: لو اختلفا بناء على فوريه خيار العيب فى ان الفسخ وقع فوراً أو تأخر و فى طيها أيضاً صور.

الثالثه-: لو اختلفا فى علم المشترى بالخيار و جهله أو علمه بفوريه هذا الخيار و عدم علمه و ذاك فيما لو ادعى المشترى بعد العلم بالعيب انه انما لم يفسخ لجهله بان له الخيار أو يعلم بان له خيار و لكن كان جاهلا بفوريته و أنكر البائع ذلك، و عليك أيها الطالب بالتأمل التام فى هذا المقام فان مرجع أكثر الصور الى تعاقب الحالتين المجهولتى التاريخ أو ما تكون إحداهما معلومه التاريخ و الأخرى مجهوله، و الى الاستصحاب و أصاله تأخر الحادث و أشباه ذلك.

(الفصل السابع) خيار الغبن و التغرير

اشاره

و البحث فيه يقع من ثلاث نواحی- الموضوع، و الحکم، و الدلیل معنی الغبن و مقداره، و تأثیره، و مدرکه.

أما الأولی-: فأصله لغه الخدع

و وسطه یحرک فیکون فی الرأی و یسکن فیکون فی المال و المعامله، و بهذا المعنی استعمله الشارع و المتشرعه و قیدوه ببعض الاعتبارات فقالوا: هو تملیک ماله بما یزید علی قیمته مع جهل الآخر، و هذا تعریف له من جهه الغابن، أما من جهه المغبون فیکون تملک مال بأزید من قیمته و تخصیصه بجهل الآخر غیر متجه مع انا تجد الاستعمال أوسع من ذلک عرفاً بل و لغه، الا تری ان العارف بالشی ء قد یخدعه غیره بلباقته فیضله علی علمه و یخدعه علی معرفته فیکون علمه معه فلا ینفعه،

و لکن فقهاء الفریقین اعتبروا فی تحقق موضوع الغبن المبحوث عنه اتصافه بشرطین.

الأول-: عدم علم المغبون بالقیمه

فلو کان عالماً و اشتراه بأکثر فلا غبن و لا خیار فیختص بالجاهل بسیطاً أو مرکبا أو شاکاً أو ناسیاً و یلحق به الظان علی تأمل بل قیل ان الشاک الملتفت الی الضرر و لو احتمالا إذا ارتکب فهو مقدم علی الضرر و هو ممنوع بل ربما یرتکب برجاء النفع و أمل السلامه کما هو الغالب فی أعمال البشر فان الیقین بالنجاح متعذر أو عزیز

نادر، و المـدار علی القیمه حال العقد فلا اثر لزیادتها بعده و لو قبل علمه لأنها حصـلت فی ملکه و العقد وقع علی غبن و لا عبره بالزیاده و النقیصه بعد العقد اتفاقاً و الأثر لعلم الموکل لا الوکیل الا ان یکون وکیلا مطلقاً لا فی العقد فقط، ثم ان اعترف الغابن بجهـل المغبون فلا اشـکال و ان أنکر فإن کانت بینه فکـذلک و الا فالقول قوله بیمینه لانه منکر و لأصاله عـدم العلم الا ان یقیم الغـابن بینه علی علمه أو یمینه ان ردهـا المغبـون علیه أو یکـون المغبون من أهـل الخـبره بتلـک السـلعه بحیث یسـتبعد جهله بها فیتقدم الظاهر علی الأصل علی تأمل.

الشرط الثانی-: ان یکون التفاوت فاحشا

ای بمـا لا ـ یتغابن الناس بمثله و اضـطربت کلمات فقهاء الإمامیه و فقهاء المـذاهب أیضاً فی ضابطه التفاوت الفاحش حتی حکی عن مالـک ان التفاوت بالثلث لا یوجب خیاراً فان زاد ثبت الخیار، و هـذا إفراط، و یقابله تفریط (المجله) فیما تقـدم ماده (۱۶۵) الغبن الفاحش غبن علی قدر- ربع العشـر فی الدراهم و نصف العشـر فی العروض و العشر فی الحیوانات و الخمس فی العقار أو زیـاده، و کـل هـذه التقـادیر تحکمات و افتراض بغیر دلیل، و لو ان زیاده العشـر و نصف العشـر توجب الغبن لبطلت التجارات و تعطلـت المکـاسب و لم یرتزق النـاس بعضـهم ببعض و لکن (کلا ـ طرفی قصـد الأـمور ذمیم) و الأـحسن رد هـذه الـدعوی إلی محکمه العرف و أهـل الاختصاص بتلک السـلعه فهم یعرفون المقـدار المعتـدل فی الربـح و ما زاد علیه أو نقص یکون غبناً علی البائع أو علی المشتری و لا یتحقق غبن

عليهما فى معامله واحده على شى ء واحد نعم يجوز ذلك فى شيئين يباعان فى صفقه واحده و لكل واحد منهما ثمن كما أنبأناك فيما سبق، و لعل لعلماء الاقتصاد فى هذا المقام شأن لا ينبغى ان يغفل عنه.

و «الخلاصه» انه لو تحقق فى المعامله زياده فإن علم حالها من غبن أو عدمه و لو بالرجوع الى العرف و أهل الخبره فذاك، و مع الشك فالمرجع إلى أصاله لزوم العقد و عدم الخيار الا ان يكون هناك ضرر و لو شخصى لا نوعى فتكون قاعده الضرر حاكمه على أصاله اللزوم و يكون له الخيار، هذا عصاره ما ينبغى ان يقال فى موضوع الغبن لغه و عرفاً و شرعا اما «الحكم و الدليل» فإنهم جعلوا الغبن بواقعه أو عند ظهوره موجباً لخيار المغبون على حد سائر الخيارات فيتخير بين الفسخ و استرجاع تمام الثمن أو الإمضاء بكل الثمن و استدلوا له (أولاـ) بقوله تعالى (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) بتقريب ان البيع تجاره دلت الآيه على مشروعيتها و جوازها و تكون لازمه بالتراضى و حيث ان المغبون غير راض واقعا بشرائه بأكثر من قيمته فيقع البيع جائزا غير لازم لفقد شرط اللزوم و هو الرضا فله إمضاؤه و له فسخه،،، و بقاعده الضرر (ثانياً) فان لزوم العقد على المغبون يستلزم الضرر و الخسران عليه و كل حكم يستوجب الضرر مرفوع بحكم القاعده فاللزوم مرفوع و هو معنى الخيار ثم أيدوا ذلك بالأخبار الكثيره الوارده بان غبن المسترسل سحت و غبن المؤمن حرام و فى روايه (لاـ يغبن المسترسل فان غبنه لاـ يحل) و هكذا و الانصاف ان هذه الأدله لا تنهض لإثبات تلك الدعوى لدى الفحص

و التمحیص، أما الآیه الشریفه فلا تدل علی أکثر من ان التجاره أی البیع و نحوه عن تراض نافذ مشروع و لیس أکلا للمال بالباطل اما انه بغیر تراض یکون مشروعاً و جائزا فأجنبی عنها مضافاً الی ان المغبون قد رضی بالمعامله فی أولها و هو کاف و لا عبره بالرضا التقدیری علی ما حقق فی محله، و اما القاعده فهی و ان دلت علی ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر و لکن لا تعین ان الوظیفه بعد اللزوم هو الخیار بین الفسخ أو الإمضاء بل لعل الأقرب فی مفادها ان الضرر مرفوع و الضرر انما جاء من جهه الزیاده أو النقیصه فلزوم العقد بالنسبه إلی الزیاده أو النقیصه مرفوع و لازمه ان له حق استرداد الزیاده من البائع أو مطالبه المشتری بالنقیصه فیما لو باع بأقل من الثمن و یبقی العقد علی لزومه بالنسبه إلی القیمه المطابقه فان لم یدفع الزیاده أو التکمله تسلط المغبون بعدها علی الفسخ و هذا المقدار المسترد تدارک له و جبر و بعباره أجلی إرجاع ماله المأخوذ منه بغیر حق الیه أو التکمله لعوض ماله لا غرامه خارجیه کما تخیله بعض الاعلام و لا هبه مستقله کما تخیله آخرون، و اثر هذا ان الغابن لو بذل التفاوت لم یکن للمغبون الفسخ و حل العقد و استرداد کل الثمن کما حکم به المشهور حیث جعلوا للمغبون سلطنه الفسخ مهما کان الأمر و هو رأی لا یعتمد علی حجه ظاهره إذ لیس عندنا دلیل یقول ان الغبن یوجب الخیار للمغبون حتی نأخذ بإطلاقه و لیس إلا قاعده الضرر و قد عرفت ان الضرر یتدارک ببذل التفاوت و تبقی أصاله اللزوم فی العقود بحالها فلا خیار الا بعد الامتناع عن بذل التفاوت و مع البذل فلا حق له فی الفسخ، اما الاخبار الوارده

فی غبن المسترسل فهی أیضاً أجنبیه عن قضیتنا و هی إلی الأحادیث الأخلاقیه أو المتکفله لبیان الأحکام التکلیفیه أقرب منها الی بیـان الأحکـام الوضـعیه فالمراد منها بعـد التـدبر فیها حرمه غش المسـتنصح فی الرأی و خیانه المسـتأمن لک. الواثق بک، و هو المعبر عنه بالمسترسل فی تلک الاخبار ای المطمئن بک الغیر متحذر منک. المرسل نفسه علی سـجیتها لدیک، اما السحت و ان کان فی الأموال و لکن الظاهر أن المراد منه فی الخبر ان غبن المسترسل حرام کحرمه مال السحت و الحاصل ان هذه الطائفه من الاخبـار بمعزل عمـا نحن فیه، ثم ان الغبن و التغریر مفهومـان متغـایران نعم همـا متلازمـان بحسب المعنی اللغوی العـام فکل من غررته فقـد خـدعته و کل من خـدعته غررته و لکن بحسب المعنی الخاص قـد ینفک أحـدهما عن الآخر فقد یتحقق الغبن و لا تغریر کما لو کان جاهلا فاشتری الشـی ء بأضعافه من دون ان یکون أحد دعاه أو حبذه له و قد یتحقق التغریر دون الغبن کما لو غرره فی ارتکـاب عمـل ساقط فارتکبه فهنا تغریر من غیر غبن فعطف (المجله) أحـدهما علی الآخر و تقییـد الغبن بالتغریر واهن غیر سدید و أوهن من ذلک اعتبار التغریر فی الغبن ثم استثناء المعامله علی مال الیتیم و الوقف و بیت المال فان الغبن ان کان لا یـؤثر إلاـ بـالتغریر فهـو عـام و الاـ فـالغبن مـوجب للخیـار فی الجمیـع و إخراج تلـک المواضـیع تخصـیص بلاـ مخصـص سـوی الاسـتحسان، و بـاب العقود و المعاملاـت منوطه بقواعـد عامه و أدله کلیه یتساوی فیها الیتیم و غیره و التقی و الشـقی و الوقف و الملک.

«و بالجمله» فالمتبع هو الـدليل لا الرأى و الاسـتحسان فافهم ذلك و التزمه. هـذا إذا غبن أحدهما الآخر أو وقع أحدهما فى الغبن من نفسه من دون أن يغبنه أحـد- امـا لو كان الغابن أجنبيا كالـدلال و نحوه فالظاهر أنه لا يكون له خيار بل يرجع بالتفاوت على من غره بقاعـده (المغرور يرجع على من غره) على تأمـل أيضـاً،، فمـا فى مـاده (۳۵۷) إذا غر أحـد المتبايعين أو الـدلال الآخر و تحقق ان فى البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ محل نظر- فان عمل الدلال أو الأجنبى لا يصـحح دخول الضرر على البائع مثلا يفسخ بيعه رغماً عليه فالمسئله محل اشكال تحتاج إلى إمعان نظر أزيد من هذا.

(ماده: ۳۵۸) إذا مات من أغر بغبن فاحش فلا تنقل دعوى التغرير الى وارثه.

بل تنقل على الأصح كما عرفت مكرراً.

(ماده: ۳۵۹) المشترى الذى حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف فى المبيع تصرف الملاک سقط حقه.

اشاره

هذه الماده و التى بعدها تشير (المجله) فيها الى مسقطات خيار الغبن و تحرير ذلك و تصويره باوفى بيان

ان خيار الغبن يسقط بتلک المسقطات کسائر الخيارات

(فالأول) إسقاطه بعد العقد بعد العلم بالغبن

بلاـ اشـكال بل و قبل العلم به و لا يرد عليه بأنه إسـقاط ما لم يتحقق إذ يكفى تحققه الواقعى و اقتضاء العقـد له كما فى إسـقاط خيار العيب قبل ظهوره الذى تقدم أنه لا مانع منه كطلاق مشكوک الزوجيه و عتق مشكوک الحريه

الـذى يدور مدار واقعه و كالبراءه من العيوب و بهذا الملاک يصح المصالحه عليه و ان لم يتحقق؟؟؟ و ان كان ضم شـى ء إلى الغبن المحتمل أولى.

(الثانى)- اشتراط سقوطه فى متن العقد

و لكن لا يذهبن عنک ان اشتراط السـقوط فى العقد و ان صح بالنسـبه إلى سائر الخيارات و لكن بالنسـبه الى هذا الخيار كخيار الرؤيه حسب مـا عرفت لاـ يصـح لأـنه يسـتلزم الغرر من جهه الجهـل بـالقيمه و يمكن تصـحيحه بان المـدار فى الغرر المبطل ان يشترى الشـى ء بقيمه مجهوله القـدر أو بشـى ء مجهول القيمه، اما إذا اشترى بقيمه معلومه و ان كانت زائـده على القيمه الواقعيه المجهوله فلا غرر أصلا.

نعم يشـكل ذلـک فى خيار الرؤيه لأن العين الغائبه إنما صـح بيعها بغير رؤيه لمكان الوصف القائم مقامها و مع تخلف الوصـف يكون له الخيار فاشتراط سـقوطه معناه إلغاء اعتبار الوصف الذى به صح العقد و بدونه تبطل المعامله لأنها تكون على عين غائبه بغير وصف و لا رؤيه و كيف كان فالظاهر ان اشتراط سقوط خيار الغبن فى العقد لا مانع منه فتدبر.

(الثالث) تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيار بعد علمه بالغبن

الـدال على الرضا بالعقـد و إمضائه جديـداً و الالتزام به مع غبنه، اما التصـرف قبل العلم بالغبن فلا اثر له لعدم دلالته على ذلک و مع الشک فى ان تصرفه عن رضا و التزام أم لا فالمرجع الى استصحاب بقاء الخيار.

(الرابع) تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين أو بحكم التلف

كبيع أو عتق أو وقف و هو محل نظر بناء على ان التلف فى سائر الخيارات لا يقتضى سقوط الخيار فما وجه سقوطه هنا بهذه التصرفات التى لا تدل على الرضا بالعقد المغبون به لعدم علمه بالغبن حسب الفرض فإلحاقه بسائر الخيارات يقتضى انه مع قيام العين و بقائها عنده على حالها يتخير بين الرد و الفسخ على اسلوبهم، و مع التلف حقيقه أو حكما يسقط الرد لزوال الموضوع و يتعين اما أخذ التفاوت كأخذ الأرش فى خيار العيب مع امتناع الرد أو الفسخ و دفع قيمه العين و استرجاع الثمن كما فى خيار الحيوان و الشرط و غيرهما و كلمات الأصحاب هنا غير منقحه و دليلهم غير واضح، و لهم مباحث ذات عرض عريض يكفيك منها، نخلنا لك لبابه، و فتحنا عليك بابه، و على كل فإلى هذين المسقطين أشارت (المجله) فى المادتين (۳۵۹، ۳۶۰) و لكنها خلطت فى الأخيره بين التلف السماوى بقولها: إذا هلك و بين حدوث العيب و بين التصرفات الغير متلفه كالبناء فى العرصه، و هذه الثلاثه ليست من نمط و أحد بداهه ان التلف و حدوث العيب مسقطات مطلقاً سواء حدثت بعد العلم بالغبن أو قبله. اما بناء العرصه فإنما يسقط إذا وقع بعد العلم فكان حقه ان يذكر مع أخواته فى الماده التى قبلها. و الحاصل ان تصرف المغبون ان كان قبل العلم بالغبن فالقاعده تقتضى عدم تأثيره فى إسقاط خياره لو علم غايته ان العين ان كانت موجوده و فسخ ردها و ان كانت مفقوده رد المثل أو القيمه أو أخذ التفاوت و ان كان بعد العلم فان كان دالا على

الرضا سقط الخيار مطلقاً سواء كان تلفاً أو بحكمه أم لا و سواء كان من قبيل تصرف الملاک أم لا هذا كله فى تصرف المغبون اما تصرف الغابن فلا ريب فى انه لا يسقط خيار المغبون فان فسخ و وجد عين ما له أخذها و ان لم يجدها و كان الغابن تصرف بها ببيع أو شراء أو وقف أو نحو ذلک، فهل تبطل تلک التصرفات و يسترد العين أو ينتقل حقه الى المثل و القيمه أو يفرق بين العقد الجائز فيبطل و بين اللازم فيبقى و ينتقل الى المثل أو القيمه و مثله الكلام لو وجدها مستأجره فهل تنفسخ الإجاره أو يأخذها مسلوبه المنفعه أو يأخذ عوض المنفعه و كذا لو زاد فى الغبن غرساً أو صبغاً أو مزجها بغيرها و الفروع هنا كثيره و المسأله مشكله و الأقرب الرجوع الى المثل أو القيمه و إبقاء تلک العقود على حالها

(الخامس من المسقطات) عند البعض التلف،

و التلف اما ان ان يكون اتفاقياً أو بمتلف فان تلف ما فى يد المغبون و كان اتفاقياً فقد عرفت ان البعض (و لعله الأشهر) يسقطون الخيار معتلين بعدم إمكان الاستدراک اى زوال الموضوع و عرفت ان هذه العله عليله و ان التدارک يمكن بالمثل أو القيمه كما فى غيره من أنواع الخيارات التى لا يسقط شى ء منها بالتلف، نعم قد تعترض هنا قاعده (ان التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) فتزيل موضوع الخيار بانفساخ العقد قهرا، كما عرفته مفصلا، و لكنها على الظاهر مختصه بخيار المجلس و الحيوان و الشرط، و لو تلف ما يد المغبون بمتلف فاما ان يكون المتلف هو المغبون فلا إشكال فى سقوط خياره حينئذ ضروره ان تصرفه الذى هو أهون من التلف مسقط فكيف

بالتلف، نعم يمكن الخدشه فيه بان التصرف المسقط هو الدال على الرضا فالاتلاف ان كان عن رضا و التزام بالعقد فهو و الا فلا. و اما ان يكون الغابن فخيار المغبون بحاله فإن فسخ استرد من الغابن ما دفعه من المسمى و ان امضى أخذ منه غرامه العين- المثل أو القيمه- و ان كان المتلف أجنبيا و فسخ المغبون استرد من الغابن ثمنه المسمى و يرجع الغابن على الأجنبى بالمثل أو القيمه و ان امضى رجع على الأجنبى بالمثل أو القيمه و لو تلف ما فى يد الغابن فان كان اتفاقياً سماوياً و فسخ المغبون غرم له بدل الثمن المسمى و ان امضى غرم له القيمه أو المثل و ان كان بمتلف فان كان هو الغابن بنفسه فكذلك فى حالتى الفسخ و الإمضاء و ان كان المتلف هو نفس المغبون و فسخ رد العين و لا شى ء له لأنه قد أتلف ماله و ان امضى غرم للغابن المثل أو القيمه و ان كان المتلف أجنبياً و امضى المغبون رجع على المتلف بالغرامه و ان فسخ تخير بين الرجوع على الغابن لأن يده كانت قد استقرت على ماله فان غرم الغابن له رجع على الأجنبى و بين الرجوع على الأجنبى لأنه هو المتلف و قرار الضمان عليه فإذا غرم له برئت ذمه الغابن لأن المال لا يضمن مرتين.

هذه صوره مصغره و جرعه يسيره من عين غزبره من فروع هذا الأصل و مصاريع هذا الباب و بقى من مسائل خيار الغبن مسألتان مهمتان تعرض لها بعض اعلامنا المتأخرين باوفى بسط من التحقيق و علقنا عليه جمله من الملاحظات و النقوش و هما قضيه جريان خيار الغبن فى غير البيع من عقود المعاوضات الماليه اللازمه كالإجاره و الصلح و الهبه

المعوضه و غيرها، و أدله هذا الخيار من الآيه و قاعده الضرر تقتضى الاطراد فى الجميع و لكن الأصحاب لم يذكروه إلا فى البيع و لكن هذا لا يقتضى الاختصاص مع عموم الدليل.

(الثانيه) اختلف الفقهاء فى ان هذا الخيار بعد العلم بالغبن هل هو على الفور أو على التراخى

و استدل الأول بما عرفت غير مره من أصاله اللزوم فى العقود و خرج منه لدفع الضرر ساعه علمه بالغبن على اليقين و يبقى ما عداه من المشكوك فى عموم أصل اللزوم و قد مر عليك فى نظائره انه هو الأقرب، و استدل الثانى باستصحاب الخيار الثابت حين العلم بالغبن على اليقين فيستصحب الى ما بعده من الأزمنه المشكوكه أو الافراد المشكوكه و هذه المسأله أيضاً من المسائل المعقده و فيها تحقيقات عميقه وثيقه الارتباط بالقواعد الأصوليه و عنوانها ان العام الأفرادى- الزمانى أو الاحوالى- إذا تخصص بفرد أو زمان أو بحال قطعاً ثم شك فى الزمان الثانى أو الحال الثانى انه محكوم بحكم الخاص أو بحكم العام- أصاله العموم تقتضى الثانى و استصحاب حكم المخصص يقتضى الأول، مثلا أصاله اللزوم تقتضى وجوب الوفاء بالعقد و الالتزام به فى كل زمان و كل حال خرج حال العلم بالغبن قطعاً و أدله خيار الغبن و نشك عند الحال الثانى فى بقاء الخيار كالحال الذى قبله أو انه فرد من العام يجرى عليه حكم العموم من وجوب الوفاء و اللزوم هذا عنوان المسأله و تحقيقها يحال الى الى محله من الموسوعات و لا يصلح هنا أكثر من هذا، و بخيار الغبن انهت (المجله) أبواب الخيار السبعه، و قد عرفت ان كلا من خيار النقد

و الوصف يرجع الى خيار الشرط، و خيار التعيين لا ـ ربط له بباب الخيارات أصلًا، و هو تخيير لا خيار، و قد وقع فى مثل هذا الوهم بعض شراح (المجله) فاستدرك عليها خياراً سماه (خيار الاستحقاق) و قال انه من جمله الخيارات الا ان (المجله) لم تبحث عنه و ان كثيراً من (الحكام) يقع فى المشكلات العظيمه فى دعاوى الاستحقاق و القانون المدنى الفرنسى بحث عن الاستحقاق بمواد كثيره، و فسره بما ملخصه-:

«ان المشترى إذا اشترى مبيعاً و قبل قبضه ادعاه آخر بالاستحقاق كلا أو قسما و ضبطه كدابه ضبط نصفها أو دابتين و ضبط إحديهما و لم يجز البيع انفسخ البيع فى القدر المستحق و تخير المشترى مع عدم علمه بين الفسخ فى الباقى أو قبوله بنسبته من الثمن» انتهى.

و قد ذكر فقهاؤنا هذه الصوره فى باب (من باع ما يملك و ما لا يملك) و ان المالك إذا أجاز و قلنا بتعميم الفضولى لمثل هذا البيع ثم العقد و لا خيار للمشترى و ان لم يجز أو قلنا بأن إجازته لا تجدى صح البيع فيما يملك فقط و بطل من أصله فى غيره الا انه ينفسخ و يكون للمشترى خيار بين الإمضاء فى الباقى و بين الفسخ فيه، و هذا هو خيار تبعض الصفقه بعينه و القضيه فرع من فروعه، و ليس هو خيار مستقل برأسه، أما ما غرمه المشترى على تقدير قبض العين الغير مملوكه للبائع و تصرفاته فيها من غرس و بناء و نحو ذلك فقد ذكروا أحكامها تفصيلا فى باب (المقبوض بالعقد الفاسد) و جعلوا ضمانها على البائع ان كان المشترى جاهلا و البائع

عالماً، و ان كانا جاهلين أو المشترى عالماً و البائع جاهلا فالضمان على المشترى و إذا كان مغروراً من أجنبى رجع على من غره، الى تحقيقات كثيره. و مباحث واسعه، طولا و عرضا.

ثم استدرك على (المجله) بخيار آخر سماه (خيار الخيانه) و هو ما إذا ظهرت خيانه البائع فى البيع بالمرابحه فللمشترى الخيار ان شاء ترك المبيع و ان شاء قبله بجميع الثمن المسمى، ا ه و لا ريب انك تطالب بدليل هذا الخيار فلا تجده و تلجأ إلى القاعده من صحه العقد و لزومه بمقدار الثمن الواقعى و تسقط الزياده التى أنت من الخيانه اللهم الا ان تتشبث بأذيال خيار الشرط و تقول ان الشرط كان بينهما ذلك و قد خالفه البائع فيتخير المشترى.

إذاً فهو من فروع خيار الشرط لا ـ خيار مستقل، و مثل ذلك الكلام فى بيع التوليه لو خان فى بيان مقدار الثمن فاعرف هذا و تدبره جيداً.

(الفذلكه)

ان المتحصل من خيارات (المجله) المتأصله خمسه.

۱- خيار الشرط.

۲-: خيار الوصف، ان لم ترجعه الى الشرط على بعض الوجوه.

۳-: خيار الرؤيه.

۴-: خيار العيب.

۵-: خيار الغبن و أضفنا الى هذه الأربعه ثلاثه أشرنا إليها باختصار

۶-: خيار المجلس.

۷-: خيار الحيوان.

۸-: خيار التأخير.

و عليها اقتصر أكثر أرباب المتون من فقهائنا بدون خيار الوصف و فى (شرائع المحقق) ذكر خمسه، و أفرد العيوب فى فصل منفرد، و ذكر عده خيارات فى تضاعيف أبواب البيع و أنواعه، أما الشهيد قدس سره فى (اللمعه) فذكر أربعه عشر- السبعه المتقدمه و أضاف إليها سبعه.

۱-: خيار الاشتراط.

۲-: خيار ما يفسد ليومه.

۳-: خيار الشركه.

۴-: خيار تبعض الصفقه.

۵- خيار التفليس.

۶-: خيار التدليس.

۷-: خيار تعذر التسليم، فيما لو باع و هو قادر على التسليم ثم تعذر بعد العقد قبل القبض كما لو أبق العبد أو شردت الدابه.

و منه ما انقطع المسلم فيه عند الأجل فإن المشترى- كما سيأتى إن شاء اللّه- مخير بين الفسخ و استرجاع المسلم. (أى المسمى) و بين الإمضاء و أخذ القيمه.

و يمكن إرجاع بعض هذه الأربعه عشر الى بعض بتكلف كما أنه بقيت خيارات كثيره يذكرها الفقهاء فى خلال أنواع البيع و بحوثه و لم

يذكروا شيئاً منها فى الفصل الذى عقدوه لتعداد الخيارات.

«منها» باب السلم.

و «منهـا» باب المرابحه- لو بان ان البائع أخبر بما زاد على الثمن أو لم يخير بالأجل فإن المشترى مخير بين الفسـخ و بين الإمضاء بالثمن الواقعى أو مع الأجل و قد عرفت ما فيه.

و «منهـا» خيار الورثه- إذا باع مورثهم أكثر من الثلث بأقل من ثمن المثل فإنهم مخيرون بعـد موته بين الإجازه و الفسـخ فيما زاد على الثلث و كذا الغرماء فيما لو استوعبت الديون التركه و نحو ذلك، و الانصاف أنها خيارات أصليه و لكنها خاصه بموردها لا تتعدى بخلاف مثل خيار المجلس و الشـرط و أضرابها الكثيره الموارد الجاريه فى أكثر البيوع، و لذا لم يذكروها إلا فى موردها الخاص.

خاتمه «أبواب الخيارات»

اشاره

قـد جرت طريقه فقهائنا فى الغالب بعد استيفاء البحث فى كل نوع من أنواع الخيارات ان يذكروا احكام الخيار من وجهه عامه لا تختص بخيار دون خيار، و قـد أغفلت (المجله) هـذا البحث مع أنه من أهم مباحث الخيار و افسـح أبواب البيع فى المجال، لدقه النظر فيه و سعه الخيال و قد تقدم ذكر جمله من أحكام الخيار استطراداً فى الفصول السابقه

على سبيل الإيجاز، مثل- ان (التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له) و عرفت ان اليقين من هـذه القاعـده لا يتعـدى الى أكثر من الخيارات الزمانيه الامتـداديه بطبيعتها كخيار المجلس و ثلاثه الحيوان و خيار الشـرط اما مثل خيار الغبن و العيب و الرؤيه، سـيما على القول بفوريه هـذه الخيارات، فالقاعـده لا تتمشـى فيها، فلو علم المشترى بالعيب أو الغبن مثلا. فان فسـخ و تلفت العين فهى من مال البائع بالفسخ طبعاً لا بالقاعده و ان امضـى أو لم يعمل بخياره فسـقط كان التلف عليه لا على البائع لصيروره البيع لازماً و هكذا.

نعم لو تلفت العين فى يـد المشترى ثم ظهر أنه كـان مغبونـاً فيها أو معيبه لم يسـقط خياره و لا خيار البائع لو كان هو المغبون أو الثمن معيباً، اما التلف بعد القبض فالظاهر ان الشـهره أو الاتفاق على انه لا يسـقط الخيار و ان امضـى كان التلف عليه و اسـتقرت ملكيه البائع للمسمى.

هذا من بعض ما تقدم ذكره من احكام الخيار مختصراً.

و «منهـا» أيضـاً إرث الخيـار فقـد تكرر منـا بيـان ان كـل خيـار فهو موروث لأـنه حق مـالى فينتقـل إلى الورثه بقاعـده (مـا ترك الميت،،،) خلافـاً (المجله) فى أكثر الخيـارات تبعـاً لبعض فقهـاء المـذاهب و على كـل فلاـ إشـكال فى الإرث على المجله. إنما الإشكال فى كيفيه إرثهم و هى قضيه لا نخلو من غموض و صفوه الاحتمال أو الأقوال فى ذلك تتصور فى ثلاث صور.

الاولى-: ان يكون لكل وارث خيار مستقل فى الكل كمورثه

فلو أجازوا جميعاً و فسخ واحد من الورثه مضى الفسخ على الجميع فى الكل نظير حد قذف الجماعه الذى لو عفى الجميع الا واحد كان له استيفاء تمام الحد و يدعى القائل بهذا انه هو ظاهر القاعده المتقدمه المستفاده من النبوى فلا يجرى ذلك فى المال لعدم تعقل تعدد الملكيه على مال واحد بخلاف الحق.

الثانيه-: استحقاق كل واحد خياراً مستقلا و لكن فى نصيبه فقط فلو اختلفوا فى الفسخ و الإجازه نفذ عمل كل واحد فى نصيبه و يأتى حينئذ خيار تبعض الصفقه لمن عليه الخيار نظير ما لو اشترى اثنان مبيعاً لهما خيار فيه فأجاز أحدهما و فسخ الآخر، الثالثه-: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار فليس لكل واحد منهم ان يجيز لا فى الكل و لا فى نصيبه بل اللازم على الكل ان يتفقوا اما على الفسخ أو الإجازه لأنه حق واحد انتقل إليهم و لا يقبل التجزئه كالمال فلا محيص من جعله بتلك الكيفيه و أقرب الوجوه الوسط ثم الأخير و أبعدها الأول.

و هناك تصورات أخرى بعيده هى إلى الخيال أقرب منها إلى الحقيقه و لا يتسع المجال لأكثر من هذا، و من المسائل النظريه التى فيها عميق التحقيق فى هذا البحث إرث الزوجه للخيار فيما تحرم من إرثه عندنا كالأراضى و العقارات و لنا فيه رساله مفرده فريده فى بابها، و لو كان الخيار لأجنبى فمات فهل ينتقل الى وارثه- عموم الدليل- و إطلاقه يقتضيه و الاعتبار لا يساعد عليه، و يكفى الشك فى التوقف و الاقتصار على المتيقن و هكذا

الکلام فی العبد و ان خیاره لمولاه أو لنفسه، و من أحکام الخیار التی تقدم ذکرها- سقوطه بالتصرف و کان الملحوظ هناک ان التصرف مسقط و الذی ینبغی ان یضاف الیه هنا ان التصرف کما یکون مسقطاً فیصیر اجازه للبیع کذلک قد یکون فسخاً له و قد ذکر فقهاؤنا رضی اللّه عنهم ان تصرف ذی الخیار فیما انتقل عنه فسخ و فیما انتقل إلیه اجازه و لکن کما ان التصرف لا یکون مسقطاً للخیار و اجازه إلا إذا کان دالًا علی الرضا کما یستفاد من بعض أدلته کالصحیحه التی یقول فیها فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثاً قبل الثلاثه فذلک رضًا منه و لا شرط له- ای لا خیار له- فکذلک یلزم تقیید التصرف المجعول فسخاً بما إذا کان قد قصد به الفسخ و کان له ظهور فیه لا مطلقاً، فاللازم اناطه الفسخ بالتصرف الدال علیه کاناطه الإجازه بالتصرف الدال علی الرضا ضروره ان التصرف فی ماله المنتقل عنه قد یقع علی وجوه شتی غیر قصد الفسخ و استرداد الملکیه، ثم ان بعض الاعلام استشکل فی ان الفسخ هل یحصل بنفس التصرف فیکون سبباً بذاته أو هو کاشف عن حصول السبب قبله و ذکر ان کلمات بعض الأصحاب یظهر منها الأول و من آخرین یظهر الثانی و «أقول» التحقیق عندنا أنه لا هذا و لا ذاک لا سبب مستقل و لا کاشف صرف بل هو جزء السبب للفسخ نظیر العقد مع القصد فی تأثیر النقل و الملکیه و سائر الصیغ الشرعیه. فالتصرف مع قصد الفسخ هو المؤثر فی تحقق الفسخ شرعاً بل و عرفاً لا القصد وحده و لا التصرف وحده

و کلمات الأصحاب لا تأبی من ذلک و انه مع القصد سبب تام لحل العقد کما فی سائر المقامات من عقود و إیقاعات، و علیه فهذا البحث مستدرک بجملته، فلیتدبر.

و علیه فلو باع ما انتقل عنه أو رهن أو أوقف تکون تلک الصیغ ذات أثرین هما-: فسخ فعلی، و تملیک عقدی جدید، و توهم الدور لأنها موقوفه علی الملک و هو لا یحصل الا بعد الفسخ الذی لا یحصل الا بها.

و «بعباره أحلی» البیع موقوف علی ملکه. و ملکه موقوف علی بیعه الذی به یتحقق عود الملک إلیه لأن به یحصل الفسخ حسب الفرض مدفوع بأنه من قبیل ما یقال (دور معیه) و یکفی فی صحه البیع حصول الملکیه معه غایته أنه یملکه أولًا ثم یملکه (بالتشدید) ثانیاً و یترتب الثانی علی الأول ترتب المعلول علی علته یتحدان زماناً، و یتقدم أحدهما علی الآخر رتبه، و قد التزم بعض تفصیاً من هذا المحذور بان قصد الفسخ الذی یتعقبه التصرف ببیع و نحوه موجب للفسخ و دخوله فی ملکه واقعاً فیصح البیع و هو وجیه أیضاً و ان کان الأول أوجه و علیه یبتنی سائر التصرفات من وطئ أو أکل أو بیع أو هبه أو غیر ذلک، و فرعوا علی هذا ما لو باع عبداً بجاریه ثم قال أعتقتها فهل هو إجازه إن قدمنا عتق الجاریه أو فسخاً ان قدمنا عتق العبد، و بناء علی ما ذهبوا الیه من ان الفسخ مقدم علی الإجازه یقدم الثانی و یلغو الأول و لکنه محل نظر، فلیتأمل.

«و من أحکام الخیار» عند الأصحاب التی لم یتقدم لها ذکر- عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفاً یمنع من استرداد العین لو تحقق

الفسخ فقد قال الأكثر ان خيار البائع يمنع المشترى من التصرفات الناقله و لكن فى (شرائع المحقق) رضى اللّه عنه ما نصه-:

«و يصح الرهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشترى أو لهما لانتقال الميع بنفس العقد على الأشبه» ا ه.

و معلوم أنه إذا صح الرهن صح البيع و غيره من التصرفات لوحده الملاك، و اضطربت هنا كلمات الاعلام، فبين قائل بالمنع مطلقاً، و قائل بالجواز مطلقاً، و مفصل بين العتق الذى لا يمكن فسخه لأن الحر لا يعود رقاً و بين غيره من التصرفات التى يمكن فسخها كالبيع و نحوه مما يمكن فسخه لو فسخ المالك الأول فينفسخ الثانى بفسخه، و قد احتج كل فريق لما ذهب إليه بحجه قويمه و ردها الآخر كذلك، و البسط محال الى محله.

و «لباب التحقيق» فى هذا الباب و ما نصير اليه من الرأى- أن الخيارات الأصيله كالحيوان و المجلس و نحوها من المجعولات الشرعيه أصاله بناء على ما عرفت مكرراً من ان العقد الخيارى يؤثر الملكيه و يحصل به النقل و الانتقال كالعقد اللزومى لا فرق بينهما إلا بإمكان رفعها و اعاده الملكيه السابقه و لازم تحقق الملكيه المطلقه به جريان قاعده السلطنه فله ان يتصرف فى ملكه كيف شاء و لا وجه لمنعه من التصرف الا تعلق حق صاحب الخيار باسترداد العين فيكون حقه مانعاً من نقلها الى الغير أو جعلها بحيث لا يمكن استردادها كالوقف و العتق و نحوهما و ليس هو بأضعف من حق الرهن المانع من التصرف، و هذا الحق و ان كان

مما لا مجال لدفعه و لكن اقتضائه المنع من التصرف ممنوع فإنه لا يقتضى أكثر من رد العين ان كانت موجوده ورد بدلها ان كانت تالفه أو بحكم التالفه، و محور القضيه يدور على ان العقد الخيارى أثره الملكيه المطلقه، و السلطنه التامه أو الملكيه المقيده و بناء على مالا ينبغى الريب فيه من الأول فإن الملكيه الحاصله بهذا العقد لا قصور فيها من حيث ذاتها و لا نقص أصلا و لا تفترق عن أختها إلا بإمكان إبقائها و رفعها و هى هى تلك الملكيه بحقيقتها إذاً فلا مساغ لاحتمال عدم صحه بعض التصرفات معها فهو يتصرف بمقتضى ملكيته كيف شاء و صاحب الخيار حقه محفوظ يعمله متى شاء فان كانت العين موجوده أخذها و الا أخذ المثل أو القيمه كما لو كانت تالفه حقيقه، و هذا هو مقتضى التوفيق بين الأدله و الجمع بين الحقوق، هذا فى الخيارات الاصيله التى لا تقييد فى أدلتها، أما غيرها من الخيارات الجعليه كخيار الشرط فغراره غير ذلك الغرار. فان اشتراط البائع ان يكون له الخيار فى الوقت المعين معناه أنه يريد استبقاء العين حتى يسترجعها فكأنه شرط ضمناً إبقاء العين حتى يستردها، و هذا المعنى و ان كان ملحوظاً فى جميع الخيارات و لكنه فيها يشبه بالحكمه، و فى خيار الشرط يشبه ان يكون عله و قيداً، فلا يصح للمشترى ان يتلف العين باختياره و يمنع البائع من حقه فى رد ذات العين الذى هو متعلق غرضه لا البدل من المثل أو القيمه بخلاف تلك الخيارات الاصيله التى جعلها الشارع فإنها لا تدل على أكثر من ان له الفسخ و حل العقد، اما ان العين يلزم

علیه إبقاؤها أو لا یلزم فلا تعرض فیها لذلک أصلا فیبقی علی القاعده و هی کما عرفت، و مقتضی صحه التصرفات من بیع و نحوه ان تکون واقعه علی طبیعتها من اللزوم فلو فسخ البیع الأول لا ینفسخ البیع الثانی بل یرجع الفاسخ (کما عرفت) الی المثل أو القیمه، و ما یقال من ان العقد الثانی قد قام علی العقد الأول فإذا انهار بفسخ صاحب الخیار انهدم الثانی لانهدام أساسه مدفوع بأنه ان أرید ابتناؤه علی استمرار ملکیه الأول فهو ممنوع، و ان کان المراد ابتناؤه علی ملکیته فی الجمله و لو حین البیع فهو حاصل.

و «بعباره اجلی» ان البیع الثانی وقع صحیحاً بملکیه البائع و لا یقدح انحلال العقد بعد ذلک الذی لا یؤثر فی التصرفات السابقه لأنها وقعت جامعه مانعه من موجب کامل فی محل قابل و حفظاً لحق الخیار یکون اثر فسخه أخذ البدل و إذا جاز البیع بل ما هو أشد منه من الوقف و العتق و نحوها فبالأولی جواز مثل الإجاره و العاریه و نحوها مطلقاً.

و لکن فی عروه السید الأستاذ قدس سره-:

لا یجوز للمشتری ببیع الخیار بشرط رد الثمن للبائع ان یؤجر المبیع أزید من مده الخیار للبائع و لا فی مده الخیار من دون اشتراط الخیار حتی إذا فسخ البائع یمکنه ان یفسخ الإجاره و ذلک لأن اشتراط الخیار من البائع فی قوه اشتراط إبقاء المبیع علی حاله حتی یمکنه الفسخ فلا یجوز تصرف ینافی ذلک، اه-، و فیه ما لا یخفی إذ أقصی ما هناک ان یقال بأنه موقوف علی الإجازه لا عدم الجواز مطلقاً بل و التحقیق

حسب ما عرفت الصحه مطلقاً غايته ان له المثل أو القيمه لو فسخ كما لو باع، فليتدبر.

نعم لو اشترط عليه ذلك اتجه المنع و لزم لوجوب الوفاء بالشروط

(فائده)

شروط الأسباب و الوسائل سواء كانت إيجابيه كشرط ان يبيع أو يوقف يعتق، أو سلبيه كشرط ان لا يبيع أو لا يؤجر أو لا يهب يترتب عليها حكمان، تكليفى يعنى لو خالف فعل حراماً، و وضعى فلو خالف وقع باطلا و تخلف الشرط هنا لا يوجب خياراً إذ لا ـ معنى للتخلف فى السلبيه لما عرفت من البطلان فى المخالفه، و لو امتنع عن الوفاء بالشروط الإيجابيه كما لو شرط عليه ان يوقف فلم يفعل يجبره الحاكم الشرعى، فإن تعذر من كل وجه إنجازه كان له الخيار فاعرف ذلك و تدبره.

و «من احكام الخيار عند بعض فقهائنا و لم يتقدم له ذكر- انه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن مده زمن الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و له الاسترداد و لا يجبر الآخر على التسليم، و قيل ليس له الاسترداد بعد الدفع إلا إذا فسخ، و قد يدعى الإجماع على أنه لا يجب على ذى الخيار التسليم ابتداء، و بهذا قال أكثر فقهاء المذاهب أو كلهم، و لكن هذا الحكم مخالف لما مر عليك غير مره من تأثير العقد الخيارى ملكيه المشترى للمبيع و ملكيه البائع للثمن و انتقال كل مال الى الآخر و مقتضى قاعده السلطنه ان يدفع كل واحد الى الآخر ماله الذى انتقل اليه سيما مع المطالبه فكيف يجوز لكل منهما منع الآخر

عن ماله و (الناس مسلطون على أموالهم).

و «بالجمله» فهذا الحكم لا دليل عليه بل الدليل على خلافه واضح و الإجماع لم نتحققه.

و من جميع ما نضدناه من مباحث الخيار و أنواعه و أحكامه ظهر لك ان التلف لا يسقط الخيار فى جميع أنواعه، و من المعلوم ان المراد منه التلف بعد القبض. اما التلف قبله فقد عرفت انه يوجب الانفساخ القهرى فيزول موضوع الخيار بقاعده (كل مبيع ..) اما التلف بعد القبض فى زمن الخيار كتلف الحيوان بيد المشترى فى الثلاثه فإن جعلنا معنى قاعده (التلف ممن لا خيار له ..) كنايه عن سلطنه المشترى على البائع فسخاً و إمضاء فلازم هذا بقاء خياره فإن أجاز استقر ملك البائع للمسمى و ان فسخ استرده و تلف المبيع من البائع فالتلف حينئذ لا يسقط الخيار و ان جعلنا معناها انه ينفسخ العقد و يدخل المبيع فى ملك البائع و يتلف من ماله لم يبق وجه لبقاء الخيار بل يكون نظير التلف قبل القبض.

و «القصارى» ان هذا مبنى على ما ذكرناه فى أول الخيار من أنه ان كان سلطنه على العقد فالتلف لا يرفعه، و ان كان سلطنه على استرداد العين فلا معنى لبقائه بعد تلفها الا بتكلف بعيد عن الذوق و الاعتبار بل و عن الأدله.

نعم حتى لو قلنا بأنه سلطنه على العقد يمكن دعوى كون التلف يسقط الخيار فى الموارد التى علم ان المراد من تشريع الخيار رفع ضرر الصبر على العين كما فى خيار العيب فلو تلفت ارتفعت حكمه تشريعه و لم يبق

وجه للخيار لعدم إمكان الرد و لذا يتعين الأرش هناك أو الإمساك مجاناً و الفسخ و ان أمكن على ان يكون أثره المطالبه بالمثل أو القيمه و لكنه خلاف نص الأدله التى اناطت الرد بقيام العين و مع التلف فأين قيام العين حتى ترد لذا انحصرت القضيه بالأرش و فى الغبن برد التفاوت اما خيار الشرط أو خيار رد الثمن فظاهر هذين الخيارين ابتناؤهما على ان رد الثمن انما هو لاسترداد نفس العين فهو متقوم بردها ذاتاً فإذا امتنع ردها سقط الخيار طبعاً، فتلخص ان الخيارات تختلف مع التلف فبعضها يثبت معه و بعضها يسقط فلا بد من التأمل فى كل مورد بخصوصه. و بقول مطلق ان الخيار ان كان هو الرد فهو ساقط بالتلف طبعاً و قطعاً. و ان كان عباره عن الفسخ فان كانت العين موجوده أخذها و الا فالبدل و عليه فلا يسقط نوع من أنواعه بالتلف الا ما قام عليه الدليل كما فى خيار العيب و نحوه.

و «من أحكام الخيار أيضاً مما لم يذكر» انه لو فسخ ذو الخيار فالعين التى فى يده حسب الفرض قد دخلت فى ملك الآخر كما ان ما فى يد الآخر قد رجع الى ملكه فقاعده اليد تقتضى ضمان كل منهما العين التى فى يده الآخر و ليس هنا استيمان و نحوه حتى يسقط الضمان فالمقتضى موجود و المانع مفقود فى حق كل واحد منهما على صاحبه و ببيان آخر ان العين فى يد كل منهما كانت مضمونه قبل الفسخ بالمسمى و لما بطل المسمى بالفسخ الحادث و لم يك ائتمان لا مالكى و لا شرعى لا قبل الفسخ و لا بعده فلا محاله ينتقل الضمان الى البدل الواقعى و هو المثل أو القيمه.

و لنكتف بهذه الشذرات من مباحث الخيارات فقد التقطنا لك نفائس تلك المعادن المطموره فى كتب الأصحاب المغموره بتعقيد البيان و عدم افاده التعبير، و إجاده التحرير، فجلوناها لك بحمد اللّه تعالى كالوذيله الصقيله المرصعه باللؤلؤ الناصعه، من الرأى البكر، و التحقيق الطريف، المتدافع من منابع الوجدان، و منابح البرهان. و العلم السهل الممتنع، و المنه للّه وحده.

الكتاب الثانی

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ و له الحمد

(یا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَیْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِیُّ الْأَمِینُ)

المقدمه (فی الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالإجاره)

اشاره

(ماده: ۴۰۴)

الأجره و الکراء:

بدل المنفعه، و الإیجاز هو الإعطاء بالکراء، و الاستیجار الأخذ بالکراء.

أصل هذه الماده الأجر الذی یفسر فی اللغه- بجزاء العمل- و هو ظاهر فی العمل الذی یکون جزاء للعمل، ثم اتسع فشمل المال الذی یقع عوض العمل، ثم اتسع فتناول عوض المنفعه- أی منافع الأعیان- و غلب استعماله و استعمال مشتقاته من المزید کآجر و المجرد کأجر و إیجار و اجاره فی المعنی العرفی المقتنص من ذلک المعنی اللغوی فصار یستعمل حتی تعین فی لسان الشرع و المتشرعه فی العقد الذی هو تملیک المنفعه بالعوض المعلوم کما هو المعروف من تعریفها عند الإمامیه و سائر فقهاء المذاهب و تستعمل الإجاره تاره اسما بمعنی الأجره و اخری مصدر بمعنی الإیجار أو مصدر (أجر) المجرد سماعاً أو (آجر) المزید و علی کل فالأقرب ان المراد من قولهم (کتاب الإجاره) و الإجارات و نحوها هو الإیجار و ما یتحقق به هذه المعامله شرعاً و بیان أحکامها و الأجره و الکراء و ان اتحدا فی کونهما بدل المنفعه و لکن شاع و غلب

استعمال الکراء فی بدل منفعه الدواب و الأجره فی غیرها فیقال: کریت الدابه و اکثریتها، کما یقال آجرتها و استأجرتها، و استأجرت الدار و العبد، و لا یقال: کریت الدار، الا نادراً.

و لا أهمیه فی کل هذا انما المهم تعریف الإجاره شرعاً تعریفاً یطابق الحقیقه أو یقاربها، و قد عرفتها (المجله) ماده (۴۰۵) الإجاره فی اللغه بمعنی الأجره و قد استعملت فی معنی الإیجار أیضاً و فی اصطلاح الفقهاء بمعنی بیع المنفعه المعلومه فی مقابله عوض معلوم.

استعمال البیع فی تعریف الإجاره یشبه ان یکون من قبیل تعریف الشی ء بضده فان البیع مختص بنقل الأعیان و الإجاره بنقل المنافع و هما متباینان مفهوماً و مصداقاً و کان اللازم أن یقال: هی تملیک المنفعه المعلومه بعوض معلوم کما هو التعریف الشائع عند الأکثر فإن التملیک جنس و بإضافته إلی المنفعه خرج البیع و غیره من العقود الناقله کالصلح و الهبه مما یحصل به تملیک الأعیان، نعم ینتقض فی طرده بشموله للصلح علی المنفعه و هبه المنافع هبه معوضه، و العاریه المعوضه کما قیل و الجمیع مدفوع بأن حقیقه الصلح التسالم و هو یقع علی المعاوضه و علی غیرها و حقیقه الهبه تتقوم بالمجانیه و العوض لیس للعین الموهوبه بل لذات الهبه و العاریه إذا دخلها العوض کانت اجاره فی الجوهر سواء سمیتهما عاریه أو إجاره أو غیرهما، فإن الإجاره و العاریه یشتر کان فی أنهما تسلیط علی المنفعه فإن کان بعوض کان اجاره و ان کان مجانا کان عاریه فالإجاره و العاریه فی المنافع کالبیع و الهبه فی الأعیان بل

التحقيق ان العاريه لا تمليك فيها و لا تسليط أصلا لا على العين و لا على المنفعه بل هى إباحه الانتفاع لا تمليك المنفعه و لذا لا يستطيع المستعير نقلها الى الغير بعقد أو غيره، و من هنا ينقدح الإشكال فى عدها من العقود و لا تحتاج إلى إيجاب و قبول بل هى بالإيقاع أشبه و ان شاع عندهم درجها فى العقود.

أما الإجاره فهى و ان كانت حسب الشائع عند الفقهاء عباره عن تمليك المنفعه بعوض و لكنها بالنظر الا دق سلطنه على العين من حيث ملكيه منافعها فهى أيضاً من مقوله الملك و الجده ان أريد من الإجاره الأثر الحاصل و النتيجه و الغايه و ان أريد بها السبب و الوسيله فهى العقد الذى ينشأ به التسليط على العين باعتبار ملكيه منافعها و هذا هو المراد من قول الفقهاء (كتاب الإجاره) و (كتاب البيع) و نحوها. و عليه فاركان الإجاره ثلاثه- العوضان. العاقدان العقد- فيلزم البحث عن كل واحد منها و شرائطه و أحكامه و أحكام الإجاره.

اماما ذكر فى (المجله) فى مقدمه الإجاره المشتمله على الاصطلاحات الفقهيه فيها فهى مستدركه لا- حاجه الى شى ء منها ضروره أنه ما من عربى عريق أو لصيق الا و هو يعرف المستأجر (بالكسر) و المستأجر (بالفتح) و المأجور و الأجير و الأجره و محل الاستغلال أى الموضع المعد للإيجار من غيره و المسترضع هو من استأجر ظئراً للرضاعه. فكل هذه المواد واضحات و توضيح الواضح من العبث فيلزم لو حررت (المجله) و نقحت حذف كل ما هو من هذا القبيل لذا لم نذكرها.

(الباب الأول) «فی الضوابط العمومیه»

(ماده: ۴۲۰) المعقود علیه فی الإجاره هو المنفعه.

لا یخفی ما فی هذا التعبیر من التسامح بل الخلل فان عقد الإجاره یتسلط علی العین و لکن باعتبار المنفعه لا علی المنفعه مباشره فتقول: آجرتک الدار، و لا تقول: أجرتک المنفعه، و لو قلت: ملکتک المنفعه، فالمشهور و ان کان یظهر منهم الصحه و لکن صحته اجاره لا یخلو من نظر فإن حقیقه الإجاره تسلیط علی العین باعتبار المنفعه. فإن قلنا بصحته فهو عقد بنفسه.

و تحریر البحث هنا بالنظر الدقیق یتوقف علی بیان أمرین مهمین.

الأول-: منافع الأعیان من عقار أو إنسان أو حیوان قبل العمل أو الاستعمال معدومه فی الخارج بالضروره، و المعدوم لا یصلح للعقد علیه أصاله و ان أمکن تبعاً و لکن المنافع مطلقاً و ان کانت معدومه حقیقه و لکن لها باعتبار العقلاء نحو من الوجود قائم بوجود الأعیان قیام المظروف بالظرف و الحال فی المحل یعنی قیام شی ء فی شی ء و ان کان

واقع أمرها أنها قيام شی ء بشی ء يعنی قيام الصفه بالموصوف و العرض بالمعروض و لكن العرف قد يراها بمنظار مكبر انها موجودات متأصله مع الأعيان أو فی الأعيان فيصح بهذا الاعتبار لحاظها مستقله و إيقاع العقد عليها مباشره بتمليك أو وصيه أو صدقه و هذه المعانی لا ربط لها بالإجاره إنما الإجاره لحاظ المنافع بأحد الوجهين الأولين التی تلحظ بها المنافع قائمه بالعين قيام عروض أو قيام حلول و بهذا اللحاظ يوقعون العقد علی العين باعتبار تلك الشئون القائمه بها، و قد عرفت ان هذه الشئون و المنافع هی المقومه لماليه العين و لكن تاره تندك فی العين فيجری العقد علی العين مطلقه مرسله و أخری علی العين مقيده محصله، فالأول هو البيع و الثانی هو الإجاره، و يلحق بالأول و ان لم يكن من صميمه و حقيقته تمليك العين، و بالثانی كذلك تمليك المنفعه.

و من هنا يظهر لك التسامح فی تعريفهم الإجاره بأنها تمليك المنفعه و الخلل فی (المجله) ان المعقود عليه فی الإجاره هو المنفعه، بل المعقود عليه فی البيع و الإجاره شی ء واحد و هو العين ليس الا، و لكن اللحاظ و الاعتبار مختلف. و هذه المعانی ارتكازيه عند العقلاء و ان كان لا يحسن تحليلها و تفكيك عناصرها إلا أنا أو أنت و يغفل الكثير عنها و اللّه ولی التوفيق للجميع.

الثانی-: لا يذهبن بك الوهم كما توهم جماعه ان المراد بالمنفعه هنا خصوص المعانی التی لا عين لها فی الخارج من الاعراض المقوليه كسكنی الدار و لبس الثوب و عمل الخياطه بل المنفعه تعم حتی الأعيان إذا كانت

نماء لأعيان أخرى مثل الشاه و صوفها و ثمره النخيل و الأشجار بل و يشمل نتاج الانعام و أولادها فيصح أن يؤجر الدابه و الشاه باعتبار جميع نماءاتها حتى أولادها و تؤجره النخيل باعتبار كل منفعه فيه حتى التمر و السعف و الكرب و لا يقدح فى ذلك القاعده المشهوره فى ضابطه (ما يصح إجارته) انه ما لا تستهلك عينه بالانتفاع به- أو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فان جميع ذلك محفوظ فإن الإجاره تعلقت بالشاه و لبنها و صوفها منافع لها و ان كانت أعيانا و لا يضر استهلاكها مع بقاء عين الشاه و هكذا النخيل و الأشجار و أمثالها.

و من هنا ظهر ضعف ما توهمه بعض شراح (المجله) حيث يقول-:

الإجاره الواقعه على الحوض لاصطياد اسماكه أو أخذ مائه و على الحرش لقطع أشجاره أو لرعى الأغنام فيه أو على الأشجار لأخذ ثمارها ..

و الأغنام لأخذ صوفها و الأبقار لأخذ حليبها- باطله- بل الحق كما عرفت أنها جميعاً صحيحه و لا تزال السيره جاريه على إجاره الأرض لرعى الأغنام فى نباتها و عشبها (شاه مرتع) و كأنه توهم ان المنفعه مختصه بالاعراض التى لا وجود لها فى الخارج إلا فى موضوعاتها و لم يعرف ان منفعه كل شى ء بحسبه.

(ماده: ۴۲۱) الإجاره باعتبار المعقود عليه على نوعين

(النوع الأول) الوارد على منافع الأعيان و يقال للشى ء المؤجر عين المأجور و تنقسم إلى ثلاثه أقسام، الأول-: إجاره العقار، الثانى-: اجاره العروض كايجار الملابس و الأوانى، الثالث-: اجاره الدواب، (الثانى)

عقد الإجاره على العمل، و هنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمه و العمله و استئجار أرباب الحرف و الصنائع من هذا القبيل، حيث ان إعطاء السلعه للخياط مثلا ليخيط ثوباً يصير اجاره على العمل كما ان تقطيع الثوب على ان السلعه من الخياط استصناع.

سكنى الـدار و ركوب الـدابه كعمـل الإنسـان من بنـاء أو حياكه أو صـياغه و غيرها و كثمره البسـتان و نحوها- كلها تنـدرج فى المنفعه و يجمعها انها فوائد أعيان لا نهلك العين باسـتهلاكها و يستعمل فى عمل الإنسان انه أجير و فى الدابه و الدار مستأجره و مأجوره و ليس الاستصناع كما عرفت فى مثل خياطه الثوب و تقطيعه إلا إجاره على عمل. و كل عين يجوز إيجارها و استيجارها باعتبـار فائـده تحصـل منها مع بقائها و لا يخرج الا ما ينحصـر استيفاء فائـدته بزوال عينه كالمأكولات و المشـروبات و الزرع من حيث هو لا من حيث الأرض و هكذا.

(ماده: ۴۲۲) الأجير على قسمين،

القسم الأول هـو الأـجير الخـاص الـذى اسـتؤجر على أن يعمـل للمسـتأجر فقـط كالخـادم الموظف. و القسم الثـانى. هو الأـجير المشترك الذى ليس بمقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى.

هـذا التقسـيم غير عـام و لاـ مسـتوعب و التقسـيم الجامع العام فى المقام ان الإجاره بجميع أنواعها لعين من الأعيان أو لحيوان أو إنسـان. اما ان تكون شخصـيه أو كليه. و الشخصـيه اما ان تكون مشـخصه من كل جهه أو من جهه دون أخرى- فالأقسام ثلاثه- كليه. كما لو استأجرته

على خياطه كلى معين بالوصف أو خياطه هذا الثوب المعين، و هذا واسع يدخل فيه أكثر الإجارات و منه الأجير المشترك المذكور فى (المجله) الذى لم يقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال و الدلال و الخياط و الساعاتى فإنهم مأجورون على عمل كلى و هو خياطه الثوب و إصلاح الساعه مطلقاً من حيث المباشر و من حيث الوقت فلا ينافيه ان يكون مستأجراً لمتعددين كما ان صاحب الزورق و أمثاله يؤجر نفسه لإيصالک الى المحل الفلانى فى زورقه فلا يقدح تعدد الإجاره فإن الإجاره وقعت على كلى فى الذمه، و الذمه واسعه لا تزاحم فبما تشتمل عليه مهما تعدد (الثانى) المشخصه من جهه أو جهات مخصوصه لا من كل جهه و هذه أيضاً ملحقه بالكلى، و لكن الكلى المقيد كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب و لكن بالنحو الخاص أو الوقت المعين و مهما تكثرت القيود و الشروط لا يخرج عن كونها كليه.

(الثالث) المشخصه من كل جهه كما لو استأجره على خياطه هذا الثوب بنفسه فى هذه الساعه المعينه أو فى اليوم المعين و أمثال ذلك، و هذه هى الإجاره الشخصيه التى لا مجال فيها للتعدد، و الأجير هو الأجير الخاص الذى لا يجوز ان يعمل لغيره فى ذلک الوقت المعين و سيأتى إن شاء اللّه حكم الأجير الخاص لو خالف ما استؤجر عليه، و من هذا القبيل المستأجر على الخدمه شهرا معينا أو سنه معينه أو سنين هذا بالنسبه إلى عمل الإنسان و نظيره بالنسبه إلى الأعيان من عقار أو حيوان فإنک تاره تؤجره دابه أو داراً موصوفه بأوصاف معينه فيجب ان تدفع له

دارا بتلك الأوصاف تكون مصـداقا لـذلك الكلى الـذى وقعت اجارتك عليه و تاره تؤجره هـذه الـدابه المعينه أو الـدار المعينه فهـذه اجـاره شخصيه فلو آجرتهـا من غيره ثانيا وقعت باطله أو فضوليه موقوفه على إجازه المسـتأجر الأول لأنه ملك منافع هـذه الدار المعينه، فقد ظهر من كل هذا ان الضابطه العامه و التامه هو ان الإجاره اما شخصيه أو كليه و باختلافهما تختلف الاحكام و ليس المدار على الأجير الخاص أو الأجير المشترك بل على نحو الإجاره و كيفيتها.

و منه ظهر مـا فى ماده (۴۳۲) الأجير على قسـمين، الأجير الخاص الذى اسـتؤجر على ان يعمل للمسـتأجر فقط كالخادم الموظف الى آخر ما ذكر، فان عدم جواز عمله للغير انما هو من جهه ان الإجاره شخصيه و ان يعمل بنفسه فى الوقت المعين و لو استأجره على حصول الخدمه و قضاء حوائجه المعينه فى العقد جاز ان يقيم مقامه عاملا و هو يعمل للغير.

(ماده: ۴۲۳) كما جاز ان يكون مستأجر الأجير الخاص شخصا واحدا كذلك يجوز ان يكون الأشخاص المتعدده

الذين هم فى حكم شخص واحد مستأجرى أجير خاص، بناء عليه لو استأجر أهل القريه راعيا على ان يكون مخصوصا لهم بعقد واحد يكون الراعى أجيرا خاصا و لكن لو جوزوا ان يرعى دواب غيرهم كان الراعى أجيرا مشتركا.

لاـ معنى للتجويز هنـا الاـ ان يكونوا قـد اسـتأجروه على حصول العمـل الخـاص و هو الرعى إما مقيـدا بمباشـرته أو مطلقا فتكون الإجاره كليه و له ان يعمل للغير اما لو استأجروه على ان يجعل منافعه هذا الشهر أو السنه

مقصوره علی رعی غنمهم کانت الإجاره شخصیه و لا یجوز ان یرعنی غنم غیرهم بل و لا یجوز له ای عمل آخر.

(ماده: ۴۲۴) الأجیر المشترک لا یستحق الأجره إلا بالعمل.

من الواضح ان التسلیم و التسلم لا زمان فی الإجاره کلزومهما فی البیع و لکن یمکن تحققهما بجلاء فی البیع الذی هو معاوضه فی الأعیان بخلافه فی الإجاره التی هی تعویض علی المنافع و هی لکونها تدریجیه الحصول و من الاعراض الغیر قاره لا یمکن تسلیمها و تسلمها دفعه کالأعیان إذا فلا بد ان یکون نحو التسلیم و التسلم فیها بطور آخر و هو تسلیم العین التی وقعت الإجاره علی منافعها فإذا استأجرت الدابه للرکوب فتسلیم منافع الدابه أو الدار تسلیم عینها لیستوفی المنفعه منها فیسلمک الدابه و تسلمه الأجره علی نحو التقابض فی البیع و ان کانت الأجره علی عمل فتسلیمه ان یهیئ معدات العمل فیحضر هو أو من یتحصل به العمل و بذلک بتحقق التسلیم و یستحق الأجره و لکن جرت العاده فی باب إجاره الأعمال نظرا الی احتمال عروض الموانع من الاستمرار علی العمل الی تمامه ان تدفع الأجره بعد استکماله و حقه ان یستلمها عند التهیؤ و الشروع فان الشخص هنا کالعین هناک فکما أنه إذا سلم الدار المستأجره یستحق الأجره کذلک هنا إذا سلم نفسه أو نفس المستأجر علی العمل یستحق الأجره و لا فرق فی ذلک بین الأجیر المشترک أو الخاص و عباره (المجله) فی هذه الماده مجمله لا یعلم هل المراد ان الأجیر المشترک لا یستحق الأجره إلا بالعمل ای بعد العمل أو عند الشروع بالعمل و لکن

يظهر ان المراد الأول من مقابلته بالأجير الخاص فى ماده (۴۲۵) الأجير الخاص يستحق الأجره إذا كان فى مده الإجاره حاضراً للعمل و لا يشترط عمله بالفعل و لكن ليس له ان يمتنع عن العمل و إذا امتنع فلا يستحق الأجره.

و «التحقيق» ما أوضحناه لك من عدم الفرق بين الأجيرين من حيث أصل الاستحقاق بمقتضى العقد و ان جرت العاده نظرا الى تلك الملاحظه على الفرق بينهما فافهم ذلك و تدبره.

(ماده: ۴۲۶) من استحق منفعه معينه بعقد الإجاره له ان يستوفى عينها أو مثلها أو ما دونها

و لكن ليس له ان يستوفى ما فوقها مثلا لو استأجر الحداد حانوتا على ان يعمل فيه صنعه الحداده له ان يعمل فيه صنعه مساويه فى المضره لصنعه الحداد و لو استأجر دارا ليسكنها فله ان يضع أشياءه فيها و لكن ليس لمن استأجر حانوتا للعطاره ان يصنع فيه صنعه الحداد.

هذه الماده مشوشه غير وافيه بإيضاح المراد و إعطاء الضابطه و كان يلزم ان تضم إليها الماده التى بعدها (۴۲۷) كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد مثلا- لو استكرى أحد دابه لركوبه ليس له ان يركبها غيره.

و «تحرير هذا البحث ببيان ينجلى به وجه الحقيقه.

انه يلزم فى عقد الإجاره كما عرفت تعيين المنفعه أو العمل المستأجر عليه بنحو تنحسم به كل خصومه محتمله و رافع لكل غرر و جهاله، فلو

استأجر دابه- فكما يلزمه تعيين الزمن لركوبها و المسافه و من اين و إلى اين كذلك يلزمه ان يعين من الذى يركبها و هل هى شخصيه فلا يستوفيها الا هو أو شخص معين، أو كليه يملكها هو و يستوفيها هو أو من يشاء و إذا كانت للحمل لا للركوب وجب عليه تعيين الوزن و جنس المحمول من قطن أو جديد أو طعام و كذلك إذا استأجر حانوتا يلزمه ان يعين المهنه التى يزاولها من حداده أو نجاره أو غيرها من الصنائع التى تختلف تأثيراتها على العقارات و على الابنيه و هى الأعمال التى يعتبر فيها التقييد و التعيين فإن أوضح و قيد فى متن العقد تعين و ان أطلق يعنى استأجر هذا الحانوت سنه معينه أو هذه السنه و لم يذكر ما يشتغل فيه أو استأجر هذه الدابه للحمل من (النجف) الى (بغداد) و لم يعين الوزن و الجنس فان كان هناك عرف ينصرف إليه الإطلاق، أو قرينه مقاليه أو حاليه يبتنى العقد عليها فى تقييد تلك الجهات و تحديدها، تعينت و صارت بحكم المذكور فى العقد، و ان لم يكن عرف أشكل صحه العقد للجهاله و الغرر الذى هما مثارا للخصومه و النزاع و تفكك الأوضاع، و لكن لو عينا صنعه أو صفه فتجاوزها فاما ان يكون التجاوز إلى صنعه أخرى تغايرها بالحقيقه كما لو عينا الحداده فتجاوزها إلى النجاره أو استأجر الدابه لحمل وزنه من الخشب فحمل عليها وزنه من الشعير مثلا ففيها تفصيل يأتى بيانه و ان تجاوزها الى ما يغايرها بالكم فقط فان زاد كما لو حمل عليها من الخشب وزنتين كان ضامنا و لصاحب الدابه الخيار بين ان يفسخ فيأخذ أجره المثل على الوزنتين و بين الإمضاء و يأخذ

أجره المثل للوزنه الثانيه، و ان حمل عليها الأنقص كما لو حمل عليها نصف وزنه صحت و ليس للمستأجر المطالبه بأجره الباقى لأنه قد فوته باختياره و قد ظهر مما ذكرنا- ان من استأجر الحانوت لصنعه من حداده أو غيرها ليس له ان يشتغل فيه بصنعه مساويه للحداده فى المضره أو زائده عليها أو ناقصه منها، نعم لو كان الاختلاف فى المقدار فقط فان نقص صح و لا شى ء و ان زاد فالخيار الذى عرفت، كما ان قول (المجله) فى ماده (۴۲۷) لو استكرى أحد لركوبه دابه ليس له ان يركبها غيره، انما يتم فى الإجاره الخاصه الشخصيه لا مطلقا و منه يستبين الخلل أيضا فى ماده (۴۲۸) كل ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو، مثلا- لو استأجر أحد دارا على ان يسكنها له ان يسكن غيره فيها.

فان المالك إذا اشترط ان يسكنها المستأجر اما وحده أو مع عياله و لا يسكن غيره فيها لزم الشرط و صح التقييد سواء كان يختلف باختلاف المستعملين أم لا و أدله الشروط عامه، فلو خالف كان للمالك الخيار بين الفسخ ورد المسمى و أخذ أجره المثل و بين الإمضاء و المطالبه بالزائد- ان كان ثمه زياده- نعم فى الإجاره الكليه التى يملك فيها منفعه الدار المطلقه لا المنفعه الخاصه لا مانع من ان يسكنها من يشاء و لكن بالمقدار المتعارف أيضا بالنسبه الى ما تتحمله تلك الدار، فقول (المجله) ان مالا يختلف- فالتقييد فيه لغو- على إطلاقه غير صحيح

(ماده:- ۴۲۹) يجوز للمالک ان يؤجر حصته الشائعه من الدار المشترکه لشريكه ان كانت قابله للقسمه أو لم تكن،

و ليس له ان

يؤجرها لغيره و لكن بعد المهايأه له ان يؤجر نوبته للغير و «تحرير البحث» فى إجاره المشترك أى المشاع- ان المشاع ان آجر الشريكان حصتهما لثالث أو آجر أحدهما على الآخر فلا اشكال و ان آجر كل واحد منهما حصته لا جنبى فإن كان المشاع يتسع للمستأجرين فلا إشكال أيضا فى صحه الاجارتين و انتفاعهما معا و لا تزاحم و ان كان لا يتسع فإن أمكن قسمته و لا ضرر يجبران عليها أو يتفقان على الإجاره لأحدهما و قسمه الإجاره بينهما و ان كان فى قسمته ضرر فاما ان يتفقا على الإجاره الواحده أيضا و إبطال الأخرى أو يجبر الحاكم المستأجرين على المهايأه الزمنيه فان لم يوافق الشريكان أو المستأجران على شى ء من ذلك اجبر الحاكم الشريكين على أحد الأمرين من بيع المشاع على ثالث أو شراء أحدهما حصه الآخر، و ليكن هذا أحد أنواع ازاله الشيوع الشائع فى المحاكم الرسميه فى هذه العصور و هو الأمر الواقع الذى لا محيص عنه فى مثل هذه الخصومات و يطرد فى كل ما لا يمكن قسمته من مثل الرحى و الطاحونه و مكينه الماء و مكينه الخياطه و أمثالها و مما ذكر عرفت القدح فى قول (المجله) و ليس له- أى الشريك- ان يؤجر حصته لغير شريكه، فإنه لا مانع من إيجار الشريك حصته لمن شاء بقاعده (الناس مسلطون،،،) غابته ان كلا من الشريكين لو آجر لأجنبى فحال المستأجرين حال المالكين لا يتصرف أحدهما بالمشاع إلا برضا الآخر فان اتفقا فذاك و ان اختلفا و تشاحا فالميزان ما ذكرنا من المهايأه أو إبطال احدى الاجارتين أو ازاله الشيوع بأمر الحاكم

على اختلاف الصور هذا كله فى إجاره الشريكين معا أو إجاره أحدهما الآخر، و اما إجاره أحدهما فقط لأجنبى فلا يخلو اما ان يؤجر حصته من المشاع فقط أو يؤجر تمام المشاع ففى الصوره الأولى يقوم المستأجر مقام المالك الشريك تماماً فاما انتفاعهما بالعين معا أو المهايأه أو ازاله الشيوع أو القسمه على اختلاف أنحاء العين المشاعه حسب ما أشرنا له، و فى الثانيه تمضى الإجاره فى حصته لزوما و تبقى فى حصه شريكه موقوفه على الإجازه فإن حصلت نفذت و الا بطلت ثم المستأجر يكون حاله مع الشريك حال شريكه الآجر و يجرى ما سبق، فتدبر هذا و اغتنمه و «الضابطه العامه» فى المقام أنه متى حصل التشاح و النزاع بين لشريكين فى المشاع فى أنفسهما أو فى اجيريهما فالمرجع هو الحاكم ليجد حلا مشروعا لقطع مشاجرتهما و رفع خصومتهما، و يختلف باختلاف الظروف و الأحوال و البيئه و الرجال.

(ماده: ۴۳۰) الشيوع الطارى لا يفسد عقد الإجاره،

مثلا- لو آجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجاره فى نصفها الآخر الشائع هذا ليس من الشيوع الطارئ أصلا بل هو من الشيوع القديم و يمكن ان يجعل من الشيوع الطارى ما لو آجر داره ثم باع نصفها أو آجر فمات فانتقلت إلى الورثه بناء على الأصح عندنا من عدم بطلان الإجاره يموت المؤجر كعدم بطلانها بموت المستأجر، و على كل فقد عرفت ان الشريك إذا آجر تمام المشاع فهو فضولى بالنسبه إلى حصه الشريك

الآخر ان شاء أجاز و ان شاء فسخ سواء كانت الإشاعه معلومه من أول الأمر أو ظهرت بعد ذلك.

(ماده: ۴۳۱) يسوغ للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترک لآخر معا

مثل ماده (۴۳۲) يجوز إيجار شی ء واحد لشخصين.

و كلاهما من الواضحات.

الباب الثانی فی بیان المسائل المتعلقه بعقد الإجاره

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول

الفصل الأول فی بیان مسائل رکن الإجاره

(ماده: ۴۳۳) تنعقد الإجاره بالإیجاب و القبول کالبیع.

عرفت قریبا ان تحقق معنی الإجاره و أثرها و هو تملک المنفعه بالمال یقوم علی ثلاثه أرکان ۱-: العقد ۲-: العاقدین- المؤجر و المستأجر- ۳-: العوضین- المنفعه و الأجره.

اما العقد- فهو الإیجاب و القبول کما فی البیع و لکن الصیغه الصریحه هی: آجرت و کریت، و القبول هو: استأجرت و قبلت و ما أشبه ذلک من الألفاظ الصریحه، اما مثل: بعتک المنفعه، أو: صالحتک أو ملکتک فهو و ان صح و کان نتیجته نتیجه الإجاره و لکن لیس هو منها بشی ء فضلا عن مثل: أعرتک و وهبتک و أضرابها و ان سبق الی و هم کثیر

من شراح (المجله) دخولها فی الإجاره، و قد سبق ما یوضح لک ذلک فتدبره.

کما أنک عرفت فی [الجزء الأول] ان الصیغه الصریحه فی عامه العقود هی صیغه الماضی دون الأمر و الاستقبال کما أوضحت ذلک

ماده [۴۳۵] الإجاره کالبیع أیضا تنعقد بصیغه الماضی

و لا تنعقد بصیغه المستقبل.

[ماده: ۴۳۶] کما ان الإجاره تنعقد بالمشافهه کذلک تنعقد بالمکاتبه و بإشاره الأخرس.

قد تقدم فی مباحث البیع أن العقود لا تصح بالکتابه، و الکتابه حاکیه لا منشئه، فهی تحکی عن الألفاظ و الألفاظ تحکی عن المعانی، إما إشاره الآخرس فمع عدم إمکان التوکیل تکفی إذا أفهمت و لا یقع شی ء من العقود بالرسول و لا بالرساله إلا إذا کان الرسول وکیلا.

(ماده: ۴۳۷) تنعقد الإجاره بالتعاطی أیضا

کالرکوب فی بأخره المسافرین و زوارق الشوارع و دواب الکراء من دون مقاوله فإن کانت الأجره معلومه أعطیت و الا اجره المثل.

إذا کانت الأجره معلومه أو اتفقا علی أجره معینه کانت إجاره معاطاتیه و الا لم تکن لا من الإجاره العقدیه و لا المعاطاتیه لما عرفت فی البیع من ان المعاطاه یلزم ان تکون واجده لکل ما یعتبر فی البیع سوی العقد، نعم إذا استوفی المنفعه بغیر تواطؤ علی الأجره و لا معلومیه لزمت اجره المثل من باب الضمان و الغرامه فتدبر.

(ماده: ۴۳۸) السکوت فی الإجاره یعد قبولا و رضاء،

مثلا- لو استأجر رجل حانوتا فی الشهر بخمسین قرشا و بعد ان سکن فیه مده شهر اتی الآجر و قال ان رضیت بستین فأسکن و الا فاخرج و رده المستأجر و قال لم ارض و استمر ساکنا یلزمه خمسون قرشا کما فی السابق و ان لم یقل شیئا و لم یخرج من الحانوت و استمر ساکنا یلزمه إعطاء ستین قرشا کذلک لو قال صاحب الحانوت مائه قرش و قال المستأجر ثمانین و أبقی المالک المستأجر و بقی هو ساکنا أیضا یلزمه ثمانون و لو أصر الطرفان فی کلامهما و استمر المستأجر ساکتا تلزمه اجره المثل.

لعمرک انه حکم غریب لا یساعده الوجدان و لا البرهان فان المالک إذا قال أنا لا أرضی بان تسکن داری بستین فی الشهر فان رضیت و الا فاخرج فقال الساکن لا ارضی و استمر ساکتا کیف یلزم المالک قبول الخمسین و قد صرح بعدم رضاه الا بستین.

و «بالجمله» فالمدار علی قول المالک لا علی رد المستأجر، فإن السکوت انما یکون رضا حیث لا یکون مسبوقا بالرد الصریح و المفروض ان المالک صرح بعدم رضاه الا بالستین و قد أمره بالخروج ان لم یرض و أی دلاله أصرح من هذا فهل یعقل ان یکون السکوت مزیلا لهذا البیان المعتمد علی قاعدتی (لا یحل مال امرئ إلا بطیب نفسه) و (الناس مسلطون علی أموالهم).

و «بالجمله» فهذا لیس من موارد السکوت الذی یعتمد علیه و یستند الیه بل یجب علیه فی الفرض ان یدفع الستین و هکذا فی نظائره.

نعم، الرجوع الی أجره المثل فی الصوره الأخیره متجه کما لا یخفی و فی الصوره السابقه له وجه، اما ما یقوله المستأجر فلا یلزم به المؤجر قطعا فلیتدبر.

(ماده: ۴۳۹) لو تقاولا بعد العقد علی تبدیل البدل أو تزییده أو تنزله یعتبر العقد الثانی.

المقاوله بعد تمامیه العقد الأول لا تجدی و لا ترفع ما وقع علیه ذلک العقد، نعم لو فسخا العقد الأول و عقدا ثانیا یعتبر العقد الثانی و لغا الأول

(ماده: ۴۴۰) الإجاره المضافه صحیحه و تلزم قبل حلول وقتها

بناء علیه لیس لأحد العاقدین فسخ الإجاره بمجرد قوله ما آن وقتها تقدم اصطلاحهم علی ان الإجاره المنجزه هی الإجاره التی یتصل استحقاق المنفعه بها بزمان العقد، و المضافه هی التی یتأخر الاستحقاق فیها عن زمان العقد کما لو آجره الدار السنه التی بعد هذه السنه أو بعد هذا الشهر و هکذا، و لا ریب عندنا فی صحتها و لزومها کالمنجزه، و کل إجاره إذا وقعت صحیحه لا یسوغ لأحدهما فسخها کما فی ماده (۴۴۱) الإجاره بعد ما انعقدت صحیحه لا یسوغ للآخر فسخها بمجرد ضم الحارج علی الأجره لکن لو آجر الوصی أو المتولی عقار الیتیم أو الوقف بأنقص من اجره المثل تکون الإجاره فاسده و تلزم اجره المثل.

اما انفساخ اجاره عقار الیتیم و الوقف إذا کانت أقل من ثمن المثل فیمکن ان یکون وجهه هو ان اجره المتولی أو الولی و الوصی منوطه بالمصلحه فإذا لم توافق المصلحه تکون باطله و لکن مع البطلان فان

استوفی المستأجر المنفعه یستوفی منه اجره المثل و الا فتؤجر بما فیه الغبطه للیتیم أو الوقف فلعلما یحصل راغب بأکثر من اجره المثل فلا وجه للقول بها علی الإطلاق.

(ماده: ۴۴۲) لو ملک المستأجر عین المأجور بإرث أو هبه یزول حکم الإجاره.

أوضح مثال لهذا الفرع ما لو استأجر دارا ثم اشتراها. ثم ان شراءه لها لا یخلو اما ان یکون بعد استیفاء تمام المنفعه أو بعضها أو قبل استیفاء شیء منها، اما الاولی فلا إشکال فی صحه البیع و الإجاره و یستحق المالک ثمن العین و اجره المنفعه و هو واضح، و أما الثانیه و الثالثه فقد یقال ببطلان الإجاره فیهما بالنسبه إلی الجمیع فی الأخیره و الثانی فی الثانیه بزعم ان الإنسان لا یدفع اجره علی الانتفاع بملکه و هو واضح الضعف فإنه لم یدفع اجره علی الانتفاع بملکه بل علی منفعه ملک غیره فإنه قد تملک المنفعه ما کان یملک العین و حین ملک العین لم یبق فیها منفعه بل ملکها مسلوبه المنفعه کما لو اشتری دارا مأجوره لغیره.

و (الخلاصه) ان البیع اللاحق لا یزاحم الإجاره الصحیحه السابقه و لا یبطلها بل کلاهما صحیحان مؤثران، هذا بالنسبه العین و ذاک بالنسبه إلی المنفعه فحکم (المجله) ببطلان الإجاره لا وجه له.

(ماده: ۴۴۳) لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجاره.

المقصود بهذه الماده بیان أسباب انفساخ الإجاره و بطلانها بعد وقوعها

صحیحه، و قد أحسنت «المجله» فی ضابطه الانفساخ إجمالا ـ و هی العذر المانع من اجراء موجب العقد و تفصیل ذلک ان الانفساخ أما زوال العین التی هی محل الإجاره أو زوال المستأجر الخاص علی العمل، مثلا- لو استأجر هذه الدابه المعینه فماتت أو استأجره لقلع ضرسه فبرأ أو سقط أو استأجر الشخص المعین للعمل فمرض أو مات فلا إشکال فی ان الإجاره تبطل فی جمیع هذه الفروض، و کذا لو استأجر الدکان فانهدم. ثم إن کان زوال الموضوع قبل استیفاء شی ء من المنفعه فلا إشکال فی انها تنفسخ و یسقط تمام الأجره و ان کان بعد استیفاء مقدار منها فبالنسبه کما لو رکب الدابه فماتت فی منتصف الطریق فیمکن القول باستحقاق نصف الأجره علی تأمل، و لعل المقامات تختلف فیلزم التأمل فی کل مورد بخصوصه و مع التخاصم فالرجوع الی الحاکم اجری و احکم و اللّه اعلم.

و (من موارد الانفساخ) ما ذکر فی (المجله) من الأمثله لو استأجر طباخا للعرس و مات أحد الزوجین، و یمکن المناقشه فی المثال فان موت أحد الزوجین لا یستلزم سقوط الطبخ فلیکن الطبخ للعزاء لا للهناء، نعم المثال الثانی صحیح و هو- من کان فی سنه الم فاستأجر علی إخراجه فزال الا لم تنفسخ الإجاره و کذلک وفاه الصبی أو الظئر لا بوفاه المسترضع و هذا البحث واسع و ستأتی له أمثله و فروع کثیره.

الفصل الثانی (فی شروط انعقاد الإجاره و نفاذها)

اشاره

شروط انعقادها هی شروط الصحه، و الإجاره عندنا إذا صحت لزمت و لیس فیها خیار ذاتی کخیار المجلس فی البیع و خیار الحیوان و خیار التأخیر- نعم تجری فیها الخیارات العامه کخیار العیب و الغبن و نحوها کما سیأتی.

أما شرائط الصحه فتاره بالنسبه إلی العقد و اخری إلی المتعاقدین و ثالثه إلی الأجره و المنفعه، اما العقد فقد سبق القول فیه فی الفصل الأول، و کان ینبغی ان تخص (المجله) هذا الفصل لشرائط المتعاقدین و تخص الأول بشرائط العقد و لکنها أدخلت بعضا فی بعض و خلطت فی الفصلین بین شرائط هذا و ذاک ففاتها حسن التحریر و متانه التألیف، ففی ماده (۴۴۴) یشترط فی انعقاد الإجاره أهلیه العاقدین یعنی، کونهما عاقلین ممیزین، ذکرت شرائط العاقدین من العقل و التمییز و أهلیه التصرف بالملک أو الوکاله أو الولایه أو الوصیه عن المالک و لکنها أقحمت فی خلال ذلک ماده (۴۴۵) المشتمله علی ما هو من شرائط العقد و هو اشتراط موافقه الإیجاب و القبول و اتحاد مجلس العقد و کان حق هذا ان یذکر فی الفصل الأول.

و کیف کان فلا ریب فی فساد عقد المجنون حال جنونه عند الجمیع و هو

عند الإماميه من الشـرائط العامه المعتبره فی صحه کل عمل من عباده أو معامله و أولها العقل، و ثانيها البلوغ، و لكن بعض فقهاء المـذاهب يكتفون بالتمييز عن البلوغ فتصح عندهم معامله الصبى المميز، أما الإماميه فبين قائل بالبطلان مطلقاً و هم الأكثر و بين قائل انها موقوفه على اجازه الولى فيشـبه الفضولى من هذه الجهه و ان كان العاقد مالكا، و هذا القول سديد و لعل القائل به كثير حتى من فقهـاء المـذاهب كالاحناف و غيرهم و قيل بنفوذه مطلقاً أو فى خصوص الوصـيه و نحوها مما ورد النص به و القائل به منا قليل.

اما توافق الإيجاب و القبول فهو شـرط ضرورى و ركنى فلو وقع القبول على غير ما وقع الإيجاب عليه لم يقع عقد أصلًا، اما اتحاد مجلس العقـد فغير لازم لاـ هنـا و لا فى البيع انما اللازم فيهما كما مرت الإشاره إليه فى البيع- الموالاه بين الإيجاب و القبول- و تحصـل بحفظ الهيئه الاتصاليه بينهما بحيث لا يعـد القبول مبتوراً عن الإيجاب ككلام مسـتقل و قـد أوضـحناه فى (الجزء الأول) مفصـلًا فراجع، فإذا حصل التوالى بين الإيجاب و القبول صـح العقـد من هـذه الجهه سواء اتحد مجلس العقد أم تعدد فلو أوجب المؤجر فى غرفه ثم قاما مصطحبين إلى غرفه قريبه و قبل المستأجر حصل التوالى و ان تعدد مجلس العقد و هو واضح.

(ماده: ۴۴۶) يلزم ان يكون الآجر متصرفا بما يؤجره أو وكيل المتصرف أو وليه أو وصيه،،،

هذه الماده لبيان أهم شرائط الإجاره كما كانت أهم شرائط البيع و هى اعتبار ملكيه المؤجر أو وكالته أو ولايته عن

المالـک و لکن قولهـا بنـاء علیه یلزم ان یکون الأـجر إلی الآخر- لا یظهر وجهه فان هـذا شـرط برأسه لا علاقه له بالماده السابقه علیه و هی مـوافقه الإیجـاب و القبـول و کـان حـق المعنی و التعـبیر ان تقول: یلزم ان یکون الآـجر له حق التصـرف فی المـأجور بملک أو ولایه أو وکاله أو وصیه، و أنواع الولایه سته.

۱-: ولایه الأب و الجد علی الصغیر.

۲-: ولایه القیم المنصوب منهما.

۳-: ولایه الوصی علی الثلث.

۴-: متولی الوقف.

۵-: الحاکم الشرعی و منصوبه علی الصغیر الذی لاولی له من أب أوجد أو منصوبهما و علی الغائب و المجنون و الممتنع.

۶-: ولایه الامام علی الأراضی الخراجیه و الأنفال و نحوها.

اما الأمانات فإذن لا ولایه فتدبرها.

و هـذه الولایات بعضـها مع بعض قـد تکون طولیه و قد تکون عرضـیه فإذا اجتمع ولیان أو أکثر کأب و جد نفذ تصـرف السابق منها و بطل اللاحق و إذا اقترنا بطلا حیث لا یمکن الجمع.

و من العی فی البیان قولهم یلزم ان یکون الآجر متصرفاً ای مالکا للتصرف فتدبره.

(ماده: ۴۴۷) انعقاد إیجار الفضولی موقوف علی اجازه المتصرف،

فان کان المتصرف صغیراً أو مجنوناً فالولی أو الوصی بشرط ان یکون

قـد أوجر بأجر مثله، لكن يشترط فی صـحه الإجازه قیام و بقاء أربعه أشـياء- العاقـدين، و المال المعقود عليه، و بـدل الإجاره ان كان من العروض و إذا عدم أحد هؤلاء فلا تصح الإجازه.

يعنى انها موقوفه على اجازه المالک فلو کان المالک صغیراً أو مجنوناً فالولى أو الوصى إذا كانت الإجاره ببدل المثل- و الاولى ان يقال إذا كانت الإجاره موافقه للغبطه و المصلحه إذ قـد تكون الغبطه فبما دونه، و على كل فيعتبر فی صـحه الإجازه و نفوذها بقاء أمرين فقط- المنفعه و الأجره- إن كانت عيناً خارجيه لا ديناً فی الـذمّه اما العاقـد الفضولی فلا أثر لبقائه و عـدمه إذ هو آله للتلقـط فقـط، و أما المعقود له الأصـيل فالأصـح أيضاً اعتبار بقائه على الأهليه من الحياه و العقل و غيرها و ان أمكن المناقشه فی ذلک فليتدبر.

(الفصل الثالث) فی شروط صحه الإجاره

[ماده: ۴۴۸] يشترط فی صحه الإجاره رضا العاقدين.

حق هذا الشـرط و لو احقه من القصد و الاختيار و نظائرها أن يذكر فی الفصل المتقدم الذی ذكر فيه بعض شـروط العاقدين من العقـل و التمييز و لا ـ بحسن هـذا التبعثر و الخلل فی النظام و كان ينبغی قصـر هـذا الفصل على شـرائط المنفعه و العوض كما هو أكثر مواده بل كلها عدا الاولى.

ثم ان جميع مواد هذا الفصل قد اشتملت على شرطين من شروط

المنفعه و العوض- و هما: التعیین أولًا و تعیین کل شی ء بحسبه و الغرض المهم منه بیان کل ما یکون الإخلال به موجباً للغرر أو التشاجر بین المستأجر و المؤجر، و القدره علی تسلیم المنفعه أو العین المؤجره ثانیاً، فلا تصح إجاره الدابه الشارده و العبد الآبق و أمثال ذلک.

و جمیع مواد هذا الفصل قویه متینه و نحن نوردها علیک درجاً تباعاً لوضوحها و عدم حاجتها الی تعلیق أو تحریر.

(ماده: ۴۴۹) یلزم تعیین المأجور

بناءً علیه لا یصح إیجار أحد الحانوتین من دون تعیین.

(ماده: ۴۵۰) یشترط ان تکون الأجره معلومه. (ماده: ۴۵۱) یشترط فی الإجاره ان تکون المنفعه معلومه

بوجه یکون مانعاً للمنازعه.

(ماده: ۴۵۲) المنفعه تکون معلومه ببیان مده الإجاره

فی أمثال الدار و الحوانیت و الظئر.

(ماده: ۴۵۳) یلزم عند استئجار الدابه تعیین المنفعه

بکونها للرکوب أو للحمل أو إرکاب من شاء من التعمیم مع بیان المسافه أو مده الإجاره.

(ماده: ۴۵۴) یلزم فی استئجار الأراضی بیان کونها لأی شی ء استؤجرت

مع تعیین المده فإن کانت للزرع یلزم بیان ما یزرع فیها أو تخییر المستأجر بأن یزرع ما شاء من التعمیم.

(ماده: ۴۵۵) تکون المنفعه معلومه فی استئجار أهل الصنعه ببیان العمل

یعنی بتعیین ما یعمل الأجیر أو تعیین کیفیه عمله فإن أرید صبغ الثیاب

يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام رقتها.

(ماده: ۴۵۶) تكون المنفعه معلومه فى نقل الأشياء بالإشاره

و بتعيين المحل الذى ينقل اليه مثلا- لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلانى تكون المنفعه معلومه لكون الحمل مشاهد و المسافه معلومه.

(ماده: ۴۵۷) يشترط ان تكون المنفعه مقدوره الاستيفاء

بناء عليه لا يصح إيجاره الدابه الفاره.

الفصل الرابع فى فساد الإجاره و بطلانها

اشاره

الفساد عندهم- غير البطلان- كما سبق فى البيع فيريدون من بطلانها الخلل فى أركانها، و من فسادها عدم استجماع شرائطها، و من هذا يظهر التسامح فى ماده (۴۵۷) تبطل الإجاره ان لم يوجد أحد شروطها مثلا- إيجار المجنون و الصبى غير المميز كاستيجارهما باطل لكن لا تنفسخ الإجاره بجنون الآجر بعد انعقادها.

،، فان فقد العقل و التمييز فقد ركن لا فقد شرط، نعم لو وقعت الإجاره صحيحه ثم عرض لأحدهما الجنون أو فقد التمييز أو الموت لم تبطل لأن الأهليه شرط حدوثا لا استدامه، و على كل حال فان هذا الاصطلاح اعنى الفساد و البطلان عديم الفائده فاقد الأثر، ضروره ان الإجاره سواء كانت فاسده أو باطله ان علم المستأجر قبل الاستيفاء حرم عليه التصرف

و لو تصرف ضمن اجره المثل و لو علم بعده لم یکن علیه الأجره المثل مطلقاً فأی فرق بین الفاسده و الباطله فی الأثر العملی، أما الأجره المسماه فلا تلزم أیضاً علی کلا التقدیرین و انما اللازم اجره المثل بعد الاستیفاء مطلقاً و لا فرق فی ذلک بین مال الکبیر و الصغیر و الملک و الوقف و العاقل و المجنون فالکل سواء امام القاعده و القانون و القضایا الکلیه، و علیه فلا وجه لماده (۴۵۹) لا- تلزم الأجره- أی المسماه- فی الإجاره الباطله بالاستعمال و لکن یلزم المثل ان کان مال الوقف أو الیتیم و المجنون بحکم الیتیم.

فإن أجره المثل لازمه فی الباطله و الفاسده و فی الیتیم و غیره و ظهر أیضاً سقوط مادتی (۴۶۰، ۴۶۱) الإجاره الفاسده نافذه لکن الآجر یملک فی الإجاره أجره المثل و لا یملک الأجر المسمی.

فان النفوذ لا معنی فیه و لا اثر له هنا و الفاسده و الباطله متساویان فی استحقاق بدل المثل.

(ماده: ۴۶۲) فساد الإجاره ینشأ بعضه من کون البدل مجهولًا

و بعضه عن فقد شرائط الصحه الآخر ففی الصوره الأولی یلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ و فی الصوره الثانیه یلزم أجر المثل بشرط ان لا یتجاوز الأجر المسمی.

هذا التفصیل غیر مطرد ففی صوره جهل البدل لا ریب فی لزوم اجره المثل اما فی الثانیه فإن کان فساد الإجاره من جهه عدم الرضا کما لو کما لو کان مکرهاً أو غافلا أو هازلا فاللازم بالاستعمال اجره المثل أیضاً، نعم لو کان الفساد من جهه عدم التعیین کما لو قال له: آجرتک أحد

الحـانوتين أو إحـدى الـدابتين بخمسه دراهم، فان اللازم هنا أقل الأمرين منها و من بـدل المثل فلو كان بـدل المثل سـبعه لزمت الخمسه فقط لأنه قد رضـى بها حسب الفرض و لو كان بدل المثل ثلاثه تعينت هى لا الخمسه لفساد عقد الإجاره بعدم التعيين و ليس هذا من جهه الفرق بين الفساد و البطلان بل من جهه الرضا بالأقل مع بطلان العقد فتدبره جيداً، و تأمل.

الباب الثالث «فی بیان المسائل التی تتعلق بالأجره»

اشاره

«و یحتوی علی ثلاثه فصول»

الفصل الأول عرفت ان البیع و الإجاره کلیهما یقعان علی العین

و لکن البیع من حیث ذاتها و رقبتها و الإجاره من حیث منافعها و غلتها، و قوام المعاملات- بل العالم کله، بالحیثیات و لو لا الحیثیات «کما قیل» بطلت الحکمه، فالمعوض فی البیع هو العین لا غیر، و فی الإجاره المنفعه فقط، اما العوض فکل مال سواء کان عیناً أو منفعه، عروضاً أو نقوداً، فکما یصح بیع الدار بمنفعه دار اخری کذلک یصح اجاره دار بمنفعه دار اخری.

و (الضابط العام) فی بدل الإجاره ان یکون مالا معلوماً مملوکاً طلقاً مقدوراً علی تسلیمه، و هذا کما یصلح ان یکون ثمناً فی البیع یصلح ان یکون عوضاً فی الإجاره سواء بسواء و من کل هذا یظهر الخلل فی ماده «۴۶۳» ما صلح ان یکون بدلا فی البیع یصلح ان یکون بدلا فی الإجاره، و یجوز ان یکون بدلا فی الإجاره- الشی ء الذی لم یصلح ان یکون ثمناً، مثلا- یجوز ان یستأجر بستاناً فی مقابله دابه أو سکنی دار.

ای ان عوض الإجاره یقع منفعه کسکنی الدار کما یقع عیناً مثل الدابه و هذا متجه واضح و لکن الذی لا یتجه کون بعض ما یصلح بدلا فی

الإجاره لا يصلح ان يكون ثمناً، بل الحق ما عرفت من ان كل ما يصلح عوضاً فی الإجاره يصلح ثمنا فی البيع و بالعكس فتدبره.

اما-: ماده (۴۶۴) و ماده (۴۶۵) فالمقصود منهما أمر واحد و هو اعتبار معلوميه بدل الإجاره و قد عرفت سابقاً ان معلوميه العوضين اللازمه فی البيع تعتبر فی خمس جهات-: الوجود، و الحصول، و المقدار، و الجنس، و الوصف، فان كان من المكيلات أو الموزونات عرف مقداره بكيله و وزنه و ان كان من المعدودات فبعدده و الا فبمشاهدته و هكذا، و كل هذا يجری فی بدل الإجاره و بدون معلوميته بذلك النحو تقع الإجاره باطله، و كان يلزم الاكتفاء عنهما بماده واحده فإن الثانيه تغنی عن الأولی فإنها مستدركه فيقال هكذا-: يلزم ان يكون بدل الإجاره معلوما بتعيين مقداره و وصفه ان كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربه و يلزم تسليم ما يحتاج الی الحمل و المئونه فی المحل الذی شرط تسليمه فيه و ان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقاراً يسلم فی المحل الذی هو فيه و ان كان عملًا ففی محل عمل الأجير و ان كان حموله ففی مكان لزوم الأجره، و اما فی الأشياء التی ليست محتاجه إلی الحمل و المئونه ففی المحل الذی يختار للتسليم.

هذه القضيه أيضا لا تختص بباب الإجاره و لعله سبق فی مباحث البيع الإشاره الی ان ما يحتاج الی حمل و مئونه سواء كان ثمناً أو مثمنا و هنا أيضاً سواء كان مأجوراً أو اجره فإن أطلق فالمتبع عرف البلد و ان لم يكن عرف فاللازم التعيين فی العقد فان لم يعينا كان باطلا للجهاله و كل هذا

انما یجی ء فی الأشـیاء المنقوله و ما یحتاج نقله إلی مئونه اما غیر المنقول فلا یدخل فی البحث أصلا و کذلک المنقول الذی لا مئونه فی نقله کالنقود، فقول (المجله) اما فی الأشـیاء التی لیست محتاجه إلی الحمل و المئونه ففی المحل الـذی یختار للتسـلیم، غیر سدیـد کما لا یخفی، اما العمل فینصـرف عنـد الإطلاق إلی محل العمل ان کان له محل کالدار و البسـتان و الا فما یقع علیه الشرط.

الفصل الثانی فی بیان المسائل المتعلقه بسبب لزوم الأجره و کیفیه استحقاق الأجر و الأجره

«ماده: ۴۶۶» لا تلزم الأجره بالعقد المطلق یعنی لا یلزم تسلیم بدل الإجاره بمجرد انعقادها حالا.

عرفت مکرراً ان کلا من العوضـین فی البیع و الإجاره یملکه الآخر بمجرد العقد و یجب علی کل منهما دفع ما فی یده الی الآخر فلو تشاحـا أجبرهمـا الحـاکم و یکفی فی إجاره الأعیان تسـلیم العین لاستیفاء منفعتها و فی العمل التهیؤ أو تسـلیم العامل نفسه و بهـذا یظهر ان الملکیه لا- تتوقف علی التسـلیم و القبض، نعم اسـتقرارها یتوقف علیه فمن المتجه مـا فی مـاده «۴۶۷» یلزم الأجره بالتعجیل، و لکن غیر متجه قولها: یعنی لو سلم المستأجر الأجره نقداً ملکها الآجر، فإن الملکیه کما عرفت لا تتوقف علی التسلیم بل یکفی العقد فی تحققها، نعم انما تلزم بالتسلیم و التسلم

فتدبر.

(ماده: ۴۶۸) تلزم الأجره بشرط التعجيل،،،

یعنی لو شرط إعطاء بدل الإجاره نقداً یلزم المستأجر تسلیمه ان کان عقد الإجاره وارداً علی منافع الأعیان أو علی العمل ففی الصوره الأولی للآجر ان یمتنع عن تسلیم المأجور و لکن الخیار لمن له الشرط لا لمن هو علیه فجعل الخیار لهما فی الماده غیر سدید و فی الصوره الثانیه للأجیر ان یمتنع عن العمل الی ان یستوفی الأجره.

و علی کلتا الصورتین لهما مطالبه الأجره نقداً فان امتنع المستأجر عن الإیفاء فلهما فسخ الإجاره، هذا کله عملا بمقتضی الشرط و إذا لم یف بشرطه کان للآخر خیار تخلف الشرط إذا کان الشرط فی متن العقد.

(ماده: ۴۶۹) تلزم الأجره باستیفاء المنفعه

مثلا- لو استأجر أحد دابهً علی ان یرکبها الی محل ثم رکبها و وصل الی ذلک المحل یستحق آجرها الأجره.

یراد من هذه الماده و التی بعدها- (ماده: ۴۷۰)- بیان أمر واضح و هو أن الأجره التی تملک بالعقد عندنا تصیر لازمه بأمرین (الأول) استیفاء المنفعه (الثانی) القدره علی الاستیفاء، فمن استأجر داراً سنه أو شهراً و صارت فی یده الی تمام السنه لزمنه الأجره سواء سکنها أم لا لان فوات المنفعه بیده بمنزله الاستیفاء- فکان یلزم جعلهما ماده واحده بأوجز مما ذکروه بکثیر بل و تنضم إلیهما ماده (۴۷۱) لا یکفی

فى الإجاره الفاسده التمكن على استيفاء المنفعه و لا تلزم الأجره ان لم يحصل الانتفاع حقيقه.

و سر ذلک ظاهر فإن الفاسده أو الباطله ليس لها أى اثر عقدى غايته انه ان استوفى المنفعه لزمه اجره المثل ضماناً و غرامه لا عقدا و معامله فإذا لم يستوف المنفعه فأى حق عليه؟، اما مع العقد و عدم الاستيفاء كما فى الصوره المتقدمه فالعقد الزمه بالأجره و هو قد فوت المنفعه على نفسه. ه- و (الحاصل) ان كل من استولى على مال غيره عيناً أو منفعه بغير عقد معه و لا رضا منه فهو ضامن له بمثله أو قيمته سواء كان المال معدا للاستغلال أو لا و سواء صدق عليه عنوان الغصب أم لا طالبه المالک بالأجره أم لا- و من هنا يظهر الخلل فى ماده (٤٧٢) و من استعمل مال غيره من دون عقد طالبه المالک بالأجره فإن كان معدا للاستغلال تلزمه اجره المثل و الا فلا، لكن لو استعمله بعد مطالبه صاحب المال الأجره و ان لم يكن معداً للاستغلال يلزمه إعطاء الأجره لأنه باستعماله فى هذا الحال يكون راضياً بإعطاء الأجره.

فإن الأجره لازمه على كل حال و لا وجه للفرق بين ما هو معد للاستغلال و بين غيره و لا بين المطالبه بالأجره و بين عدمها فان مال الغير لا- يحل إلا- بإحراز الرضا و مع عدم إحراز الرضا فهو ضامن مطلقاً، و الرضا اللازم هو رضا المالک لا رضا مستوفى المنفعه، و الظاهر ان حكم (المجله) بعدم الأجره فى صوره عدم العقد مستند إلى القاعده المعروفه [الأجر و الضمان لا يجتمعان] ماده (٨٦) و هى من القواعد المسلمه عند الحنفيه و خالفهم

فيها الإماميه و الشافعيه و قد تقدم فيها البحث مفصلا و سيأتى أيضاً فى ماده [۵۹۶] و- هب- أننا سلمنا بالقاعده تماشياً و لكن ما وجه الفرق بين المعد للاستغلال و غيره و بين المطالبه بالأجره، و عدم المطالبه و الكل سواء بحكم القاعده؟ فاما عدم الضمان مطلقاً على أصول الحنفيه و أما الضمان كذلك مطلقاً على أصول الباقين فتدبره جيداً.

(ماده: ۴۷۳) قد تقدمت عيناً فى ماده (۴۶۸) كما أنها تغنى و لو أحقها عما بعدها ماده (۴۷۴) إذا شرط تأجيل البدل يلزم على الأجر أولًا تسليم المأجور و على الأجير إيفاء العمل و الأجره لا تلزم الا بعد انقضاء المده التى شرطت.

[ماده: ۴۷۵] يلزم على الأجر أولا تسليم المأجور و على الأجير إيفاء العمل فى الإجاره المطلقه

التى عقدت من دون شرط التعجيل و التأجيل على كل حال، يعنى ان كان عقد الإجاره على منافع الأعيان أو على العمل.

قد عرفت ان حال الإجاره فى العوضين حال البيع فكما يجب التقابض بينهما فى البيع و ليس أحدهما بأولى من الآخر فى السبق بعد فرض استحقاق كل منهما ما على الآخر و ان تشاحا أجبرهما الحاكم فكذلك فى الإجاره فلزوم تسليم المأجور أولا على المؤجر و إيفاء العمل بعد على الأجير لا وجه له إلا مع الشرط كما فى-:

(ماده: ۴۷۶) ان كانت الأجره موقوته بوقت معين كالشهريه و السنويه مثلا يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلک الوقت.

فـان المتبع فی جمیع هـذه الفروع و الفروض هو الشـرط، اما المطلقه فالحکم فیها التقابض و التعجیل من الطرفین کل بحسـبه، و کذا مبدأ الوقت فی الموقته یتبع الشـرط فان جعله من وقت التسـلیم لزم کذلک و إلا فمن وقت العقد، فلو قال اسـتأجرت دارک سنه بدینار ادفعه بعد شـهر، فالإطلاق یقتضـی شـهراً بعد العقد لا بعد التسـلیم، نعم لو لم یسـلم لم یسـتحق الأجره و لکن لو سلم اسـتحق الأجره بعد شهر عن السنه التی هی من حین العقد لا من حین التسلیم، غایته ان المستأجر له الرجوع علی المؤجر بقیمه ما مضـی من المـده و یکون کالغـاصب و لاـ یبعـد ثبوت الخیار له، و من هنا یظهر الخلل فی ماده (۴۷۷) تسـلیم المأجور شرط فی لزوم الأجره یعنی تلزم الأجره اعتباراً من وقت التسلیم فعلی هذا لیس للآجر مطالبه اجره مده مضت قبل التسلیم و ان انقضت مده الإجاره قبل التسلیم لا یستحق الآجر شیئاً من الأجره، یعنی ان الإجاره تبطل لفوات محلها و یحتمل الصحه و الرجوع علیه بالقیمه.

و خلاـصه التحقیق هنـا- و ان مرت الإشـاره إلیه غیر مره- ان کلاـ من البـائع و المشتری و الأـجیر و المسـتأجر عنـد تمامیه العقد یسـتحق علی الآخر ما وقع العقد علیه و یصیر ملکاً له و لکن متزلزلا فإذا وقع القبض و الإقباض استقرت الملکیه و لازمها ان لکل منهما مطالبه الآخر بالمال المنتقل منه الیه سواء أقبض أحدهما الآخر و سـلمه أم لا فان استحقاق المطالبه من لوازم ذات العقد لا من لوازم تسلیم أحدهما و عدم تسلیمه.

و من هنا ظهر تسامح تعبیر السید الأستاذ قدس سره فی عروته إذ یقول:

و لکن لا یستحق المؤجر مطالبته الا بتسلیم العین أو العمل کما لا یستحق المستأجر مطالبتهما الا بتسلیم الأجره کما هو مقتضی المعاوضه، ا ه بل التعبیر الصحیح أن کلا منهما یستحق مطالبه الآخر سواء سلم هو أم لا و هو واضح.

(ماده: ۴۷۸) لو فات الانتفاع بالمأجور بالکلیه سقطت الأجره

مثلًا- لو احتاج الحمام الی التعمیر و تعطل فی أثناء تعمیره تسقط حصته تلک المده من الأجره و کذلک لو انقطع ماء الرحی و تعطلت تسقط الأجره اعتبارا من وقت انقطاع الماء و لکن لو انتفع المستأجر بغیر صوره الطحن من بیت الرحی یلزمه إعطاء ما أصاب حصه ذلک الانتفاع من بدل الإجاره.

هذا البحث الأثیل لم توفه (المجله) حقه مع انه من أهم مباحث الإجاره وقعاً، و أعمها نفعاً، و أوسعها فرعاً، و تحریره بتنقیح و اختصار- ان امتناع الانتفاع بالعین المستأجره لا یخلو إما ان یکون لأمر قهری (أرضی أو سمائی) أو لسبب اختیاری بشری أو لحادث اتفاقی اعتباری، و علی جمیع التقادیر فاما ان یحدث بعد العقد قبل القبض أو بعده، قبل استیفاء شی ء من المنفعه أو بعد استیفاء مقدار منها فیتخرج من ذلک عده صور.

الأولی-: ان یحدث المانع بعد العقد قبل القبض فان کان یعد تلفاً فلا إشکال فی البطلان اما لقاعده (کل مبیع تلف قبل قبضه ..) ان قلنا بأنها علی القاعده فتجری فی غیر البیع و الا فالخیار من جهه تعذر التسلیم کما سیأتی.

الثانیه-: ان یحدث بعد القبض قبل استیفاء شی ء من المنفعه فإن کان تلفاً أو بحکمه کموت العبد و تشرد الدابه و سقوط الانیه فی البحر کان له خیار تعذر التسلیم فان المستأجر و ان قبض العین و استلام العین استلام لمنافعها فیکون التلف علیه کما فی البیع لو تلف المبیع فی ید المشتری و لکن حیث ان المنافع تدریجیه الحصول فلا یکون استلام العین استلاماً لها الا بعد مضی تمام المده فتکون من هذه الجهه بحکم غیر المقبوض و ان کان قبضاً من حیث صیروره الأجره به لازمه کلزوم العقد الذی هو من آثار قبض المنفعه التی وقعت الأجره عنها فان اختلاف الحیثیه کما عرفت یصحح اختلاف الحکم، و حینئذ فإما الحکم بالانفساخ بقاعده (التلف قبل القبض،،،) بناء علی عمومها لغیر البیع أو الخیار لتعذر التسلیم، و إذا لم یکن تلفاً أو بحکمه کمطر أوجب انهدام الدار کلا أو بعضاً أو سیل أوجب غرق المزرعه فلا تصلح للزرع و ما أشبه ذلک، کان للمستأجر خیار العیب و لو قلنا بأنه یلزم المالک بالمبادره إلی إصلاحه فإن أمکن بحیث لا یفوت من المنفعه زمن معتد به وجب و لا خیار و الا کان له الخیار.

الثالثه-: ان یحدث بعد استیفاء مقدار من المنفعه فإن کان المانع مما یعد تلفاً بالنسبه إلی الباقی جاءت قاعده (التلف قبل القبض،،،) بناء علی عمومها و جاء التقسیط و یکون الانفساخ حینئذ من حین حدوث المانع و استقرب السید الأستاذ قدس سره کون الانفساخ من حین العقد فیرجع المسمی إلی المستأجر و یدفع أجره المثل للمؤجر عن مقدار ما استوفاه من المنفعه و یدفعه أصاله اللزوم فی العقد و وجوب الوفاء به

حسب الإمكان، و إن لم يكن تلفاً فالخيار اما للعيب أو لتعذر التسليم.

الرابعه-: ان يكون المانع من فعل بشر و هو اما المؤجر نفسه أو المستأجر نفسه أو أجنبی فإن كان هو المؤجر فالمستأجر بالخيار بين الفسخ و استرجاع المسمی و بين الإمضاء و يأخذ منه بدل مثل المنافع التی استحقها بعقد الإجاره، و ان كان هو المستأجر لزم العقد و كان بمنزله استيفاء المنافع و ضمن للمؤجر العين و ان كان هو الأجنبی تخير المستأجر بين الفسخ و استرجاع المسمی لتعذر التسليم أو إمضاء العقد و الرجوع علی الأجنبی ببدل المثل و علی كلا التقديرين يضمن المتلف العين للمالك مسلوبه المنفعه و يدخل فی هذا النوع غصب الغاصب، و تسلط الظالم، و انتزاع الجائز و الغاشم، و ما الی ذلک من أنواع الاستيلاء العدوانی.

الخامسه-: ان يكون المانع من الانتفاع حادث اتفاقی اعتباری كما لو استأجر حانوتا فی سوق ثم سقط استعمال ذلک السوق و صار الرواج فی سوق آخر أو هجرت القريه التی كان بها ذلک السوق أو صار إضراب و نحوه مما يوجب سد الحوانيت مده شهراً أو أكثر و أمثال ذلک من الحوادث الاتفاقيه فالمسئله هنا مشكله و لا تخلو من غموض فإنه و ان لم يكن تلفاً و لكن يشبه ان يكون بحكم التلف، و إذا لم يكن عيباً فيشبه ان يكون بمنزله العيب و مع ذلک كله فالظاهر أو الصريح من (المجله) لزوم الأجره-:

(ماده: ۴۷۹) من استأجر حانوتاً و قبضه ثم عرض للمبيع أو الشراء

كباد ليس له ان يمتنع عن إعطاء كراء تلک المده بقوله ان الصنعه ما راجت و الدكان بقی مسدوداً.

و عقده الاشكال ما ذكرنا من ان قبض المنافع نظراً لكونها تدريجيه لا يحصل بمجرد قبض العين بل لا بد من انتهاء المده فلو تعطلت المنافع فى بعض المده كان بمنزله التلف قبل القبض ينفسخ العقد بالنسبه اليه و يأتى التقسيط عند المشهور و الانفساخ القهرى فى الجميع عند السيد فى العروه، و وجه الأول ان العقد ينحل الى عقود، و وجه الثانى بساطه العقد، أو ان الانفساخ من حين المانع عندهم و من حين العقد عنده، و قد عرفت ان الأصح الأول، و ثمره المسأله لا تزال فى غلاف من الخفاء و من كل ما ذكرنا ظهر لك انه لو احتاج الحانوت أو الدار أو الحمام و ما أشبهها إلى إصلاح فى المده فهى على المؤجر، فاما تسقط من الأجره بحسابها أو يستوفى أياماً اخرى بمقدارها و من هذا الباب-:

(ماده: ۴۸۰) لو استأجر زورقاً على مده و انقضت فى أثناء الطريق تمتد الإجاره إلى الوصول الى الساحل

و يعطى المستأجر أجر مثل المده الفاضله.

و التعبير بامتداد الإجاره تسامح بل الإجاره تنتهى بانتهاء مدتها و لكنه مأذون بالإذن الشرعى لضروره حفظ النفس أو المال الى استعمال الزورق الى ان ينتهى إلى الساحل بأجره المثل و تظهر الثمره ان للمالك المؤجر ان يطالب بأجره المثل عن الأيام الزائده على المده لو كانت زائده على اجره المسمى بخلاف ما لو قلنا بامتداد الإجاره فتدبر.

أما (ماده: ۴۸۱) لو اعطى أحد داره آخر على ان يرمها و يسكنها بلا اجره

ثم رامها و سكنها ذلك الآخر كان من قبيل العاريه و مصارف

الأمانات لم يكن له ذلک سيما مع مطالبه المالک و کذا فی عقد الإجاره فإن للمؤجر ان يحبس العين حتی يقبض الأجره مع انه قد تعلق به حق الغير و هو المنفعه و لکنه معاوضی لا- يستحقه الا- بالعوض و لصاحب الحق ان يحبسه حتی يقبض العوض، فالعامل فی العين سواء کان لعمله أثر کالخياطه فی الثوب أو لا- اثر له کحمل الطعام له ان يحبس الطعام أو الثوب حتی يقبض حقه، و اثر ذلک انه لو حبس العين لاستيفاء حقه بغير تعد و لا- تفريط لا- ضمان عليه فی الصورتين بل لا يبعد صحه إلزامه بالأجره و ان تلفت العين لأنها قد استقرت عليه و التلف لا يصلح لان يکون مسقطاً کما هو ظاهر، و هو نظير ما لو تلفت العين فی يده بعد العمل و قبض الأجره بغير تفريط فکما انه ليس له ان يرجع بها کذلک يجب عليه هنا دفعها و التلف لا- اثر له فی المقامين و من هنا ظهر الخلل فی ماده (۴۸۳) ليس للأجير الذی ليس لعمله اثر کالحمال و الملاح ان يحبس المستأجر فيه و بهذا الحال لو حبس الأجير المال و تلف فی يده يضمن و صاحب المال فی هذا مخير ان شاء ضمنه محمولًا و اعطی أجرته و ان شاء ضمن غير محمول و لم يعط أجرته.

التعمیر عائده الیه و لیس لصاحب الدار ان یطالبه تلک المده بشی ء من الأجره- خارجه عن مباحث الإجاره، فإنها عاریه مشروطه بل إباحه مقیده و لا یختص هذا بالدار بل قد یعبره الدابه للرکوب و یشترط علیه علفها، بل یمکن ان یقال: ان نفقه المستعار مطلقاً علی المعیر إلا إذا شرط انها علی المالک علی ان لزوم مثل هذه الشروط الواقعه فی العقود الجائزه کالعاریه أو فی ما یشبه الإیقاع کالإباحه محل نظر و لتحقیق ذلک مقام آخر.

الفصل الثالث فی ما یصح للأجیر ان یحبس المستأجر فیه فی استیفاء الأجره و ما لا یصح

(ماده: ۴۸۲) یصح للأجیر الذی لعمله اثر کالخیاط و الصباغ و القصار ان یحبس المستأجر لاستیفاء الأجره ان لم یشترط نسیئتها و بهذا الوصله لو حبس ذلک المال و تلف فی یده لا یضمن و بعد تلفه لیس له ان یستوفی الأجره.

العین المأجوره لاستیفاء منفعتها أو للعمل فیها- کالدابه للرکوب أو الثوب للخیاطه أو الطعام للحمل- کلها امانه فی ید المستأجر و العامل لکن لیس علی حد سائر الأمانات بل یده علیها ید أمانه معاوضه یعنی انها مقبوضه بالمعامله و العوضیه إما بالمثل أو القیمه أو المسمی و لذا جاز للبائع ان یحبس المبیع حتی یقبض الثمن و یتقابضا و لو کان علی حد سائر

الباب الرابع فی (بیان المسائل التی تتعلق بمده الإیجار)

(ماده: ۴۸۴) للمالک ان یؤجر ماله و ملکه لغیره مده معلومه قصیره کالیوم أو طویله کالسنین.

هـذا ممـا لا اشـكال فيه لأن الإنسان حر فی ملکه يتصـرف كيف شاء و (الناس مسـلطون على أموالهم) فلو أراد الرجل المسن ان يؤجر داره مائه سنه كان له ذلک سواء كانت الغبطه فيه أم لا و لكن هذا فيما هو ملكه اما ما هو ملک غيره و له الولايه عليه مثل مـال الوقف و مـال اليتيم و مـال الغائب الـذى لا وكيل له و أمثال ذلك فلا يبعـد القول بان تصـرف الولى فيها منوط بالمصـلحه فربمـا لاـ تكون المصـلحه بإجـارته أكثر من سـنه أو سـنتين و الحاصـل ان الأوليـاء ليس حالهم فيما لهم الولايه عليه كحالهم فى أموالهم الخاصه بهم و هو واضح.

(ماده: ۴۸۵) ابتداء مده الإجاره تعتبر من الوقت الذی سمی أی عین و ذکر عند العقد.

عرفت انه لاـ بـدّ من تعيين المـده فى إجـاره المنافع بل و اجاره الأعمال فإن عين ابتـدائها بعـد شـهر أو يوم أو غير ذلک فی متن العقد تعين و ان أطلق كان الابتداء من بعد العقد بلا فصل كما فى ماده (۴۸۶) إذا

لم یذکر ابتداء المده حین العقد یعتبر من وقت العقد، فهاتان المادتان عباره عن ماده واحده تؤدی بأخصر عباره و أقل ألفاظ من إحدیهما.

و (ماده: ۴۸۷) کما یجوز إیجار عقار علی ان یکون لسنه فی کل شهر أجرته کذا دراهم کذلک یصح إیجاره لسنه بکذا دراهم بدون بیان شهریته أیضاً

- فهی واضحه لا تحتاج الی بیان.

و (الضابطه) انه کلما کانت الأجره و المنفعه و المده معلومه صحت الإجاره، و یتفرع علی لزوم تعیین المده انه لو آجره کل شهر بکذا أو کل سنه بکذا و لم یعین مقدار الأشهر أو السنین لم تصح الإجاره لجهاله المده، و من هذا یظهر فساد ما فی ماده (۴۹۴) لو استأجر عقاراً شهریته بکذا دراهم من دون بیان عدد الأشهر یصح العقد، بل الأصح أنه یبطل عند أکثر فقهاء الإمامیه، ثم ان إطلاق السنه عند المسلمین ینصرف إلی الهلالیه الهجریه الا ان یکون المتعارف فی بلد غیر هذا فیحمل الإطلاق علیه کما ان منصرف الشهر هو الهلالی و علیه ماده (۴۸۸) إذا عقدت الإجاره فی أول الشهر علی شهر واحد أو أزید من شهر انعقدت مشاهره، و بهذه الصوره یلزم دفع اجره شهر کامل و إن کان الشهر ناقصاً عن ثلاثین یوماً.

و «الضابطه» ان الشهر عند الإطلاق هو الهلالی فان لم یمکن حمله علیه فهو العددی کما فی ماده (۴۸۹) لو اشترط علی ان تکون الإجاره لشهر واحد فقط و کان قد مضی من الشهر جزء یعتبر الشهر ثلاثین.

یعنی فی الإجاره المنجزه لا المضافه التی تدور مدار التعیین عددیاً أو

هلاليا كما هو واضح، و عليه أيضا تبنى ماده (۴۹۰) لو اشترط ان تكون الإجاره لكذا شهور و كان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الأول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير و توفى فى اجره باقى الأيام بحساب اليوميه و تعتبر الشهور التى بينها بالأهله- مثلا لو قال: فى نصف رجب- أجرتك الدار ثلاثه أشهر احتسب شعبان و رمضان هلاليين ناقصين كانا أو كاملين و أكمل رجب من شوال ما يتم به ثلاثين على أنه شهر عددى و لا حاجه الى حساب اليوميه لأن الغرض ان الأجره على الشهور لا على الأيام، و يمكن ان يقال: انه يكمل الشهر على واقعه فان كان ناقصاً أكمل تسعه و عشرين و ان كان تاما أكمل ثلاثين و له وجه و الأول أوجه.

(ماده: ۴۹۱) كما يعتبر الشهر الأول الناقص ثلاثين إذا اشترط

كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر عند مضى بعض الشهر كذلك تعتبر سائر الشهور التى ستأتى ثلاثين يوماً على هذا الوجه،،، فى هذه الماده من التعقيد و التطويل ما أضاع المقصود، و حاصله انه إذا آجر شهرياً من دون تعيين عدد الأشهر و كان فى أثناء الشهر فالأشهر كلها تحسب عدديه ثلاثين ثلاثين، و لكن هذه الإجاره عندنا فاسده و لا بدّ من تعيين عدد الأشهر، و الحكم بصحتها فى الشهر الأول و فسادها فى الباقى كما سيأتى، و ينسب الى بعض فقهاء المذاهب تحكم صرف لا دليل عليه.

(ماده: ۴۹۲) لو عقدت الإجاره فى أول الشهر لسنه

تعتبر اثنى

عشر شهراً.

عرفت ان الشهر عند المسلمين بإطلاقه يحمل على الأشهر الهلاليه كما ان السنه اثنى عشر هلالى كما يدل عليه كريمه (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللّهِ اثْنا عَشَرَ شَهْراً) و (يَسْئَلُونَکَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِیَ مَواقِیتُ لِلنّاسِ) نعم لو کان المتعارف فی بلدهم السنه الشمسیه فلا شک ان الإطلاق یحمل علیها لان العرف الخاص یقدم علی العرف العام و علی العرف الشرعی فی هذه الموضوعات، و علی ما ذکرنا تبتنی ماده (۴۹۳) لو عقدت الإجاره لسنه و کان قد مضی من الشهر بعضه یعتبر منها شهر أیاماً و باقی الشهور الإحدی عشر بالهلال، و هو مسلم لا کلام فیه، انما الکلام فی ان الشهر العددی هل یحسب ثلاثین أو یحسب علی ما اتفق من حال الشهر الأول من ثلاثین أو تسعه و عشرین و کما سبق قریباً.

(ماده: ۴۹۴) لو استأجر عقاراً شهریته بکذا دراهم من دون بیان عدد الأشهر یصح العقد

لکن عند ختام الشهر الأول یصح لکل من الآجر و المستأجر فسخ الإجاره فی الیوم الأول و لیلته من الشهر الثانی الذی یلیه.

و قد عرفت ان هذا تحکم صرف لا دلیل علیه فاما یبطل فی الجمیع أو یصح فی الجمیع و لا فرق بین قبض الأجره و عدمه فإنه إذا لم یعین عدد الأشهر أو السنین أو الأیام تقع الإجاره مطلقاً و کلما ذکر فی هذه الماده من الذیول و الفروع و التقاسیم عاریه عن الدلیل سیما قوله: و ان کان قد قبضت اجره شهرین أو أزید فلیس لأحدهما فسخ اجاره الشهر المقبوض أجرته، فإن

قبض الأجره لا یرفع ما وقع العقـد علیه من الإجمال و هذا أیضاً من أحکامهم الکیفیه التی یرجعون فیها الی الاسـتحسان مع عدم مساعده الأدله الشرعیه.

(ماده: ۴۹۵) لو استأجر أحد أجیراً علی ان یعمل یوماً یعمل من طلوع الشمس الی العصر

أو الی الغروب علی وفق عرف البلده فی خصوص العمل.

هذا مع الإطلاق اما مع التعیین فهو المتبع.

(ماده: ۴۹۶) لو استؤجر نجار علی ان یعمل عشره أیام

تعتبر الأیام التی تلی العقـد و ان کان قد اسـتؤجر فی الصـیف علی ان یعمل عشـره أیام لم تصح الإجاره ما لم یعین العمل اعتباراً من ای شهر و ای یوم.

لا فرق بین الصـیف و غیره فی ان الإطلاق یقتضـی الانصراف إلی الأیام التی تلی العقد الا ان تکون هناک قرینه خاصه من حال أو مقال تمنع هذا الانصراف أو عرف خاص فی البلد یقتضی خلافه، اما کون الوقت صیفاً أو شتاءً فلا اثر له فی لزوم التعیین و لا فی عدمه فتدبره.

الباب الخامس فی الخیارات

اشاره

(و یشتمل علی ثلاثه فصول) لعلک علمت من مباحث الخیار فی البیع ان الخیار تاره یثبت من دلیل خاص و اخری یقتنص من الأدله العامه کقاعده الضرر و عمومات الشروط و نحوها فما قام الدلیل علی ثبوته فی البیع اقتصر علیه و لم یتعد الی غیره من المعاملات لما عرفت من ان الخیار علی خلاف الأصل و ما استفید من العمومات أطرد فی کل معامله انطبق علیها ذلک الدلیل، و حیث ان مثل خیار المجلس و الحیوان و التأخیر کانت أدلتها وارده فی البیع فهی مقصوره علیه و لا یجری فی إجاره و لا غیرها، و اما بقیه الخیارات المستفاده من الأدله العامه و ان أیدتها الأدله الخاصه فهی تجری فی الإجاره کما تجری فی البیع، و إلیک بیانها و عنوانها.

۱-: خیار الشرط- و منه شرط الخیار عند رد العوض أی الأجره.

۲- خیار العیب.

۳- خیار الغبن.

۴- خیار الاشتراط.

۵- خیار تبعض الصفقه.

۶-: تعذر التسليم ۷-: التفليس.

۸-: التدليس.

۹-: الشركه.

۱۰- ما يفسد ليومه.

۱۱- خيار الوصف.

۱۲- خيار الورثه فيما زاد على الثلث

الفصل الأول «فى بيان خيار الشرط»

[ماده: ۴۹۷] يجرى خيار الشرط فى الإجاره كما جرى فى البيع

و يجوز الإيجار و الاستيجار على ان يكون أحدهما أو كلاهما مخيراً كذا أيام.

خيار الشرط فى الإجاره كخيار الشرط فى البيع يصح ان يجعلاه لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبى على نحو المؤامره أو المشاوره أو الاستقلال متصلا بالعقد أو منفصلا عنه فى يوم أو أيام أو أكثر حسب ما يتفقان عليه من توزيع الأجره لو حصل الفسخ فى الأثناء أو ردها تماماً، اما مع عدم التعيين فالتوزيع- كل ذلك لعموم أدله الشروط.

(ماده: ۴۹۸) كما ان الفسخ و الإجاره على ما بين فى ماده (۳۰۲ و ۳۰۳ و ۳۰۴) يكونان قولا كذلك أيضاً يكونان فعلا

- بنـاء عليه لو كـان الآـجر مخيراً و تصـرف فی المأجور بوجه من لوازم التملك فهو فسـخ فعلی و تصـرف المسـتأجر المخير فی المأجور كتصرف المستأجرين إجازه فعليه.

إذا كان للمؤجر خيار فآجر العين ثانياً من مسـتأجر آخر فان كان فی غير زمن خياره فهو فضولی عن المستأجر و ان كان فی زمن خيـاره فهـو فسخ للإجـاره الاـولی، و ان كـان الخيـار للمسـتأجر و تصـرف فی العين المسـتأجره أيـام الخيـار علی نحـو تصـرف المسـتأجرين فهو اجـازه منه لاـن التصـرف أمـاره نوعيه علی الرضا و الالتزام، و هـذا واضـح وضوح ماده (۵۰۰) لو انقضت مـده الخيـار قبل فسـخ المخير أو إنفاذه الإجاره يسـقط الخيار و تلزم الإجاره و ماده (۵۰۱) مـده الخيار تعتبر من وقت العقد، يعنی مع الإطلاق، و لكن ماده (۵۰۲) ابتداء مده الإجاره يعتبر من وقت سـقوط الخيار- مبنی علی ما سـبق فی البيع من ان المبيع مع خيار البـائع لاـ يملكه المشتری إلاـ بعـد انقضـاء زمن الخيار، و عرفت انه ممنوع عنـد جمهور فقهاء الإماميه و شـذ من نسب إليه الرأی المتقدم الذی عرفت فيما سبق ضعفه من حيث القواعد.

[ماده: ۵۰۳] لو استؤجرت ارض علی ان تكون كذا ذراعاً أو دونماً فخرجت زائده أو ناقصه تصح الإجاره

و يلزم الأجر المسمی لكن المستأجر مخير حال نقصانها، له ان يفسخ الإجاره ان

هـذه القضـيه فرع يبتنى على أصـل كثير الفروع، و كلى متوفر المصـاديق و هو باب الكميات المتصـله و المنفصـله و قـد مر نظير ذلك فى البيع أيضاً مثل ما لو باع قطعه قماش أو منقله حديد أو آجر داراً على انها خمس غرف أو سـياره بناء على انها رقم كذا فتبين الخلاف فى الجميع زياده أو نقصاً فان العـدد المخصوص ان كان على سبيل القيـديه و التعيين و (المقيـد عـدم عنـد عـدم قيـده) فالإجاره ان كانت شخصـيه تقع باطله و ان كانت كليه صـحت و طالب بالمصـداق فى صوره النقص ورد الزائد فى صوره الزياده و ان كان على سبيل الشـرطيه و تعدد المطلوب صـحت مع المخالفه ان كانت شخصيه و كان له خيار تخلف الشرط و ان كانت كليه طالب بالمصداق أورد الزائد.

هـذا كله قبل الاستيفاء اما بعـده فعليه اجره مثل ما اسـتوفاه و يطالب بالمصداق أو يرد أو يفسخ على اختلاف الصور، و يظهر من (المجله) ان له الخيـار فى صوره النقص و له الزائـد فى صوره الزياده و هو غريب و لا نـدرى بأى وجه يتملكها مع ان العقـد وقع على الأقل منها، و قد تقدم فى ماده (۲۲۶) الى (۲۲۸) ما لعله ينفع هنا أيضاً فراجع.

ثم ان حال الزمان فى الزياده و النقصان حال المقادير و الأوزان فى الأجناس و الأعيان فلو اكترى منه دابه على ان يوصـله بها الى [بغـداد] فى أول رجب أو أعطاه ثوباً ليخيطه و يـدفعه له ليله العيـد فتأخر عن ذلك فان كان على نحو القيـديه لم يسـتحق الأجير شيئاً أصلا لأنه لم يأت بالمأجور عليه و لا بشى ء منه لانه بسيط لا تركيب فيه

و ان كان على نحو الشـرطيه كان له الفسخ فان فسخ استحق الأجير بدل المثل و ان امضى فالمسمى، و بهذا يظهر الخلل فى ماده (۵۰۵) يجوز عقد الإجاره على عمل عينت أجرته و شـرط ايفاؤه فى الوقت الفلانى يكون الشـرط معتبراً مثلا- لو اعطى أحد إلى الخياط ثيابا على ان يفصـلها و يخيطها هذا اليوم أو لو استكرى أحد ذلولا بشرط ان يوصله فى عشره أيام إلى مكه تجوز الإجاره و الآجر ان اوفى الشرط استحق الأجر المسمى و الا استحق أجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى.

(ماده: ۵۰۴) لو استؤجرت ارض على ان كل دونم منها

بكـذا دراهم يلزم إعطاء الأجره بحساب الـدونم إذا كانت الدونمات معلومه العدد،،، هذا إذا كانت الدونمات معلومه العدد و الا فهى باطله كما عرفت مكررا، و لو قلنا بالصحه فهو واضح لا يحتاج الى بيان.

(ماده: ۵۰۶) يصح ترديد الأجره على صورتين أو ثلاث فى العمل و العامل و الحمل و المسافه و الزمان و المكان

و يلزم إعطـاء الأجره على موجب الصوره التى تظهر فعلًا، مثلًا- لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كـذا و ان خطت خشـناً فلك كـذا، فـأى الصورتين عمل له أجرتها أو لو اسـتؤجر حانوت بشـرط ان اجرى فيه عمل العطاره فأجرته بكـذا و ان اجرى فيه عمل الحداده فبكذا فبأى العمل اجرى فيه يعطى أجرته التى شـرطت، و كذا لو اسـتكريت دابه بشرط ان حملت حنطه فأجرتها بكذا و ان حملت حديداً فبكذا، فأيهما حمل يعطى أجرته التى عينت، أو لو قيل للمكارى استكريت منك

هذه الدابه إلى (چورتی) بکذا و الی (ادرنه) بکذا و الی (فلبه) فإلی أیهما ذهب المستأجر یلزمه اجره ذلک، و کذا لو قال الآخر أجرت هذه الحجره بکذا و هذه بکذا فبعد قبول المستأجر یلزمه أجره الحجره التی سکنها، و کذلک لو ساوم أحد الخیاط علی ان یخیط له (جبه) بشرط ان خاطها الیوم فله کذا و ان خاطها بکره فله کذا تعتبر الشروط.

ذکر فقهاؤنا فی أکثر مؤلفاتهم نظیر هذه الفروض بما صورته: إذا قال: ان خطت هذا الثوب فارسیاً ای (بدرز) فلک درهم و ان خطته رومیاً ای (بدرزین) فلک درهمان فان قصد الإجاره بطل للجهاله و ان قصد الجعاله صح، و کذا لو قال: إذا صبغت ثوبی الیوم فلک درهم و ان صبغته غداً فنصف و القول بصحتهما إجاره أو التفصیل ضعیف و لو عمل فی صوره البطلان استحق أجره المثل.

ثم ذکروا فرضاً آخر و هو- ما لو استأجر من رجل دابته علی ان یوصله الی المحل المعین فی زمن معین، أو یرسل کتابه الی زید کذلک فلم یوصله فانکان لعدم سعه الوقت و عدم إمکان الوصول فالإجاره باطله لعدم القدره، و ان کان الزمان واسعاً فان کان عدم الإیصال عن تقصیر منه فلا یخلو اما ان یکون أخذ الإیصال الخاص علی نحو القیدیه بمعنی وحده المطلوب أو علی نحو الشرطیه- أی التعدد- فعلی الأول البطلان و لا یستحق شیئاً، و علی الثانی الصحه و الخیار، و مع الفسخ فاجره المثل، و مثله لو استأجره لصوم الخمیس فصام السبت و ان لم یکن

عن تقصیر بل لحدوث مانع فان کان عاماً کثلج أو مطر شدید أو محاربه فی الطریق فهی باطله، و مثله ما لو کان المانع خاصاً کمرض أو ظالم أو عدو و نحو ذلک و کانت الإجاره شخصیه مقیده بالمباشره، اما لو لم تکن شخصیه فهی صحیحه و یوجه غیره للعمل و الاستیفاء و تلزمه الأجره علی کل حال.

و «بالجمله» فالمانع العام حکمه حکم التلف السماوی و کذا الخاص مع قید المباشره.

و بهذا تستطیع استخراج الفروع الکثیره التی هی من هذا القبیل.

(الفصل الثانی) خیار الرؤیه

[ماده: ۵۰۷] للمستأجر خیار الرؤیه.

(ماده: ۵۰۸) رؤیه المأجور کرؤیه المنافع.

(ماده: ۵۰۹) لو استأجر أحد عقاراً من دون ان یراه یکون مخیراً عند رؤیته.

حال خیار الرؤیه فی الإجاره کحاله فی البیع فلو آجره داراً غایبه بالوصف ثم انکشف الخلاف کان له الخیار. اما لو رآها و استأجرها بتلک الرؤیه فلا خیار بعد الاختبار إلا إذا تغیرت بعد الرؤیه و قبل

العقد عليها، و لكن حيث ان المنافع كما عرفت غير مجتمعه الاجزاء فى الوجود فلا يمكن رؤيتها لذلك صارت رؤيه العين تقوم مقام رؤيه المنفعه فيسقط الخيار برؤيه العين و ان لم ير المنفعه كما فى الماده (۵۰۸) و ماده (۵۱۰) من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤيه إلا لو تغيرت رؤيتها الاولى بانهدام محل يكون مضراً للسكنى فحينئذ يكون مخيراً، بل و حتى لو لم يكن مضراً، و كما يكون للمستأجر خيار الرؤيه كذلك يكون للأجير فى محل عمله حيث يكون مما تختلف مصاديقه أو أصنافه كما فى ماده (۵۱۱) كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللأجير فيه خيار الرؤيه، مثلًا- لو ساوم أحد الخياط على ان يخيط له (جبه) فالخياط بالخيار عند رؤيه (الجوخ) أو (الشال) الذى يخيطه، بخلاف ما لم يكن فيه اختلاف كنقل الطعام من مكان معين الى معين أو كما ذكر فى ماده (۵۱۲) كل عمل لا يختلف باختلاف المحل الى الآخر.

(الفصل الثالث) فى خيار العيب

[ماده: ۵۱۳] فى الإجاره أيضاً خيار العيب كما يلحظ البيع

و لكن العيب فى الإجاره لا يكون فى ذات المنفعه لأنها ليست من

الأمور المستقله فى الوجود و انما يكون فيما تتقوم به المنفعه و هو العين فكل عيب فى العين يوجب نقصاً فى المنفعه المقصوده بالإجاره فهو سبب لثبوت الخيار فيها كما ذكر فى ماده «۵۱۴» العيب الموجب للخيار فى الإجاره هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصوده بالكليه أو إخلالها كفوات المنفعه المقصوده من الدار بالكليه بانهدامها و من الرحى بانقطاع ملئها، أو كاخلالها بسقوط سطح الدار أو بانهدام محل مضر للسكنى أو بانجراح ظهر الدابه فهؤلاء من العيوب الموجبه للخيار فى الإجاره و اما النواقص التى لا تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد و لا مطر، و كانقطاع عرف الدابه أو ذيلها فليست موجبه للخيار فى الإجاره.

(ماده: ۵۱۵) لو حدث فى المأجور عيب فإنه كالموجود فى وقت العقد.

يفترق العيب فى الإجاره عنه فى البيع بأنه متى ظهر أوجب الخيار فى الإجاره حتى بعد القبض و استيفاء بعض المنافع بخلافه فى البيع فإنه لا اثر له بعد القبض و انقضاء الخيار فالموجود قبل العقد و الحادث بعده و الحادث بعد القبض و بعد الاستيفاء كلها توجب الخيار بين فسخها فى الباقى و إمضائها و إعطاء تمام الأجره كما فى ماده (۵۱۶) لو حدث فى المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعه مع العيب و اعطى تمام الأجره و ان شاء فسخ الإجاره.

يعنى انه ليس له المطالبه بالأرش كما فى البيع مطلقا أو فى بعض

الصور، و لكن التحقيق انه لا مانع منه هنا بناء على ان المطالبه بالأرش و عدم الفسخ على مقتضى قاعده أصاله اللزوم بالعقود و انه يجب الوفاء بالعقد حسب الإمكان و الأرش غرامه للوصف أو الجزء الفائت و كذا لو زال العيب من نفسه أو ازاله المؤجر قبل فوات شى ء معتد به من المنفعه سقط الخيار كما فى ماده (۵۱۷) إن أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجاره لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

(ماده: ۵۱۸) ان أراد المستأجر فسخ الإجاره قبل رفع العيب الحادث الذى أخل بالمنافع فله فسخها فى حضور الأجر و الا فليس له فسخها فى غيابه و ان فسخها فى غيابه من دون ان يخبره لم يعتبر فسخه و كراء المأجور يستمر كما كان، و اما لو فاتت المنافع المقصوده بالكليه فله فسخها فى غياب الآجر أيضاً و لا تلزمه الأجره ان فسخ أو لم يفسخ كما بين فى ماده (۴۶۸) مثلا- لو انهدم محل يخل من الدار المأجوره فللمستأجر فسخ الإجاره لكن يلزم عليه ان يفسخها فى حضور الآجر و الا فلو خرج من الدار من دون ان يخبره يلزمه إعطاء الأجره كأنه ما خرج و اما لو انهدمت الدار بالكليه فمن دون احتياج الى حضور الأجر للمستأجر فسخها و على هذا الحال لا تلزم الأجره.

هذا أيضاً من الحكم الجزافى، و القول بلا دليل، فإنه متى حصل سبب الفسخ كان له ان يفسخ فى حضور الآجر أو غيابه، نعم يجب عليه لو فسخ وجوباً تكليفياً اعلام المؤجر دفعاً لما يحتمل من دخول

الضـرر عليه لو لم يعلمه بالفسـخ فيبقى ملكه عاطلا و تفوته اجره تلك المـده و لكن ليس معناه ان فسـخه يكون باطلا و لا اثر له مع الغياب فى الأول دون الثانى.

و «بالجمله» فوجوب الاخبار لا علاقه له باعمال الخيار، و لا يتوقف أحدهما على الآخر فليتدبر.

نعم لو تعطلت الدار بالكليه انفسخت انفساخاً قهرياً لعدم الموضوع كما عرفت.

(ماده: ۵۱۹) لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها و لم يفسخ المستأجر الإجاره و سكن فى باقيها لم يسقط شى ء من الأجره.

فإن الانهدام و ان أوجب الخيار و لكن سكوته و سكناه فيها دليل على رضاه بالعقد و إمضائه.

[ماده: ۵۲۰] لو استأجر أحد دارين بكذا دراهم و انهدمت إحداهما فله ان يترک الاثنتين معاً.

يعنى يكون له الخيـار ان شـاء ترك الاـثنتين و استرد الأـجره و ان شاء أمضـى فى واحـده و استرد ما يخص الثانيه المنهـدمه لأن الإجاره فيها باطله ذاتاً فلا معنى لإجازه العقد بل اما الفسخ فيهما أو الإجازه فى الصحيحه، فليتدبر.

و من هذا يظهر الخلل فى-:

(ماده: ۵۲۱) المستأجر بالخيار فى دار استأجرها على ان تكون كذا حجره و ظهرت ناقصه

إن شاء فسخ الإجاره و ان شاء قبلها بالمسمى و لكن

لیس له إیفاء الإجاره و تنقیص مقدار من الأجره.

فإن القواعد تقتضی ان یکون له الخیار، و الخیار فی منطقته هنا اما الفسخ فی کل الدار أو الإجازه بنسبه الحجر الموجوده و تنقیص مقدار ما یخص الناقصه لأن الأجره تتوزع علی الحجر حسب الشرط فتنحل الی عقود متعدده کما فی نظائرها.

نعم لو کان اللحاظ فی الإجاره المذکوره علی نحو البساطه کان لما ذکرته (المجله) وجه و لکنه خلاف ما علیه التحقیق فی نظائره.

(الباب السادس فی بیان أنواع المأجور و احکامه

اشاره

و یشتمل علی أربعه فصول

الفصل الأول فی بیان مسائل تتعلق بإجاره العقار

(ماده: ٥٢٢) یجوز استیجار دار أو حانوت بدون بیان انها سکنی لأحد.

نعم هذه هی الإجاره الکلیه التی یملک بها المستأجر المنفعه مطلقه غیر مقیده فله ان یستوفیها بنفسه أو بمن یفوضه علیها بإجاره أو غیرها.

و من الواضح الذی لا حاجه الی بیانه ماده (٥٢٣) من آجر داره أو حانوته و کانت فیه أمتعه و اشیاؤه تصح الإجاره و یکون مجبوراً علی تخلیته فان هذا من ضروریات الإجاره و لوازم التسلیم فلا حاجه الی بیانه.

اما- (ماده: ٥٢٤) من استأجر أرضاً و لم یعین ما یزرعه فیها و لم یعمم

علی ان یزرع ما شاء فإجارته فاسده و لکن أو عین قبل الفسخ و رضی الآجر تنقلب إلی الصحه.

و هذا صحیح لما عرفت من لزوم التعیین و عدم الإجمال فی الإجاره لکنها إذا فسدت للإجمال لم ینفع فی صحتها التعیین أخیراً و لا یعقل ان

ينقلب الشي ء عما وقع عليه و يصير ما وقع فاسداً صحيحاً الا بعقد جديد فتدبره جيداً.

(ماده: ۵۲۵) من استأجر أرضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرع مكرراً صيفاً و شتاء.

هذا أيضاً من فروع الإجاره الكليه كما عرفت.

(ماده: ۵۲۶) لو انقضت مده الإجاره قبل إدراك الزرع فللمستأجر ان يبقى الزرع فى الأرض إلى إدراكه و يعطى اجره المثل.

هذا إذا كان فى قلع الزرع ضرر على صاحبه اما مع عدم الضرر فلصاحب الأرض ان يجبر صاحب الزرع على قلعه بل و حتى فى صوره الضرر على المستأجر ليس له ان يجبر صاحب الأرض على اجره المثل بل اللازم إرضاؤه و لو بأزيد من اجره المثل بالاستيجار ثانياً.

(ماده: ۵۲۷) يصح استيجار الدار و الحانوت مع عدم بيان كونه لأى شى ء، و اما كيفيه استعماله فيرجع الى العرف و العاده.

هذا أيضاً من فروع الإجاره الكليه يستوفى المنفعه كيف شاء و حسب المتعارف فى كل صنعه و مهنه على موازينها و عليه يبتنى ماده (۵۲۸) كما انه يصح لمن استأجر داراً مع عدم بيان كونها لأى شى ء ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها غيره أيضاً و له ان يضع فيها أشياءه و له ان يعمل فيها كل عمل لا- يورث الوهن و الضرر للبناء و لكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر و الوهن للبناء إلا بإذن صاحبها و اما فى خصوص ربط الدواب فعرف البلده و عادتها معتبر

و مرعى و حكم الحانوت على هذا الوجه.

(ماده: ۵۲۹) اعمال الأشياء التى تخل بالمنفعه المقصوده عائده إلى الآجر

مثلا- تطهير الرحى على صاحبها و كذلك تعمير الدار و طرق البناء و إصلاح منافذه و إنشاء الأشياء التى تخل بالسكنى و سائر الأمور التى تتعلق بالبناء كلها لازمه.

الملحوظ بهذه الماده و ما بعدها الى آخر هذا الفصل هو بيان حكم الأحداث التى يحدثها المستأجر فى العين المأجوره أو ما يلزمه من نفقاتها بالذات أو بالعرض، و تحرير هذا البحث الذى هو من مهمات بحوث الإجاره ان النفقات اللازمه على أنواع الأول-: ما يتوقف بقاء تلك العين عليها كعلف الدابه و سقيها و نفقه العبد و مداواه علله أو جرح الدابه و ما أشبه ذلك، و لا ريب فى ان جميع ذلك ان لم يشترطها المؤجر على المستأجر فهى عليه فان دفعها و الا أنفق المستأجر و رجع بها على المؤجر اذن أو لم يأذن فإن امتنع جبره الحاكم على غرامتها.

الثانى-: الأحداث القائمه بالعين التى يتوقف الانتفاع بها كلا أو بعضاً عليه كنقر الرحى و تنظيف مجرى الماء أو بيت الماء أو تعمير مثل الدرج أو الباب أو نحو ذلك من مرافقها الضروريه، و لا ينبغى الاشكال انه على المالك المؤجر أيضاً.

الثالث-: الجهات الكماليه، و المحسنات الاعتباريه كتبيض غرف الدار و صبغ أبوابها و ما الى ذلك، و لا ينبغى الريب أيضاً فى انها على

المستـأجر الا ان يشترطها على المؤجر، و ان انتهت المده فإن أمكن قلعها من دون ضـرر أخذها و الا كان له أخذها بعد تدارك الضرر سواء وضعها بإذن المؤجر أو بدونه، و يلحق بهذا ما يحدثه المستأجر فی المأجور من غرس أو بناء أو شبه ذلک.

الرابع-: الآلات الخارجه عن العين اللازمه عرفاً و عاده لاستيفاء المنفعه منها کالسرج و الرحل و اللجام و أمثالها للدابه، و المفتاح و القفل للـدار و الحانوت و کثير من نظائرها، فالمتبع فی ذلک عرف البلـد و عاده قوم المتعاملين، فان اختلفوا أو لم يكن هناک عرف و لا عاده فهی على المسـتأجر إلا مع الشـرط، و من هـذا القبيل آلات الحياکه و الخياطه و الکتابه و ما على هـذا المثال من الصنائع و الاعمال حتى فی مثل الخيوط و الأصباغ و البنود و نحوها، ثم ان فی کل مورد وجب على المؤجر الصرف و الإنفاق و لم يفعل و لم يقتـدر الحاکم على إلزامه أو لم يکن حاکم فللمؤجر ان يفسخ عقد الإجاره و يسترد الأجره إلا إذا کان قد رآها و اسـتأجرها بذلک الحال و لم يطلب بادئ بدء إصلاحها فلو أصلحها المستأجر حين لا حق له على المؤجر کان تبرعاً منه و لا حق له بالرجوع عليه بها.

هـذا کل ما ينبغی ان يقال فی هـذه الناحيه من الإجاره و منه تعلم ما يوافق (المجله) منها و ما يخالفها ففی ماده (۵۳۱) لو أحدث المسـتأجر بنـاء فی العقـار المـأجور أو غرس شـجره فالآـجر مخير عنـد انقضـاء مـده الإجاره ان شاء قلع البناء و الشـجره و ان شاء أبقاهما و اعطى قيمتها قليله

كانت أو كثيره،،، بل المستأجر لا الآجر مخير ان يقلع أو يبقيهما للآجر فتكون ملكا له مع أرضه و هو واضح.

الفصل الثانی فی إجاره العروض

(ماده: ۵۳۴) يجوز إجاره الألبسه و الأسلحه و الخيام و أمثالها من المنقولات لمده معلومه مقابل بدل معلوم.

اجاره كليه أو شخصيه، مقيده أو مطلقه، مضافه أو منجزه:

(ماده: ۵۳۵) لو استأجر ثياباً على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب و لبسها فی بيته أو لم يلبسها يلزمه أجرتها

لا يختص هذا بالمنقولات بل كل مأجور إذا سلمه المؤجر للمستأجر لزمنه الأجره سواء استوفى منفعته أو عطلها فلو استلم الدار أو الدابه و لم يركب و لم يسكن. أو الإنسان المستأجر و لم يستعمله لزمته الأجره فی الجميع، كما ان ماده (۵۳۶) من استأجر ثياباً على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره، لا تختص بالثياب بل يطرد ذلك فی كل إجاره شخصيه مقيده بالمباشره، إنما الإشكال المعضل فی المقام ما لو استوفى المنفعه غير المستأجر الخاص فهل يستحق المؤجر أجره المثل مع اجره المسمى بناء على إمكان منفعتين متضادتين فی وقت واحد كما مال

اليه أو قال به السيد الأستاذ فى عروته فى نظائر المقام أو عدم الإمكان فتبطل الإجاره و يستحق بدل المثل على من استوفى المنفعه لفوات المحل كما هو الأقوى عندنا لاستحاله ان يكون للشى ء الواحد منفعتان متضادتان فى وقت واحد، فلو استأجر دابه لا داره الرحى يوم الجمعه فركبها الى (بغداد) لا يعقل ان يكون لتلك الدابه تلك النفعتان و يستوفى المالك أجرتين المسمى و اجره المثل بل المعقول بطلان اجره اداره الرحى المسماه و يستحق اجره المثل، اما استحقاقهما معاً فبأى وجه يكون.؟

و يلحق بهذا فروع كثيره من هذا القبيل مثل ما لو استأجر دابه لركوبه بنفسه فآجرها من غيره فعلى الأول يستحق المالك الأجرتين- الاولى و هى المسماه و الثانيه أجره المثل من المستأجر الثانى. و على ما اخترناه تبطل الاولى للتفويت و يستوفى من الثانى أجره المثل أو أكثر الأمرين منها و من المسماه و نظائر هذا كثيره.

و عكس هذا النوع اعنى ما تسقط فيه كلا الأجرتين ما لو استأجر؟

على خياطه ثوبه فى ساعه معينه أو يوم معين فاشتغل ذلك اليوم بعينه ببناء دار المستأجر أو نحوها مع علمه فإنه لا يستحق أجره الخياطه لعدم الإتيان بها و لا اجره البناء لانه متبرع لم يؤجر عليها فتدبر هذه الفرائد و اغتنمها.

الفصل الثالث «فی إجاره الدواب»

اشاره

عرفت ان التعیین فی الإجاره شرط رکنی فإذا آجرک الـدابه فلا بد من تعیین الدابه و المحل و الزمان و الأجره، و من هذا یظهر التسامح فی ماده (۵۳۸) کما یصح استکراء دابه معینه یصح الاشتراط علی المکاری الا یصال الی محل معین،،، فان استکراء الدابه المعینه لا بد معه من تعیین المحل و بدونه فالإجاره باطله.

(ماده: ۵۳۹) لو استؤجرت دابه معینه إلی محل معین و تعیب فی الطریق فالمستأجر یکون مخیراً

اما بانتظارها حتی تستریح أو نقض الإجاره و دفع اجره ما مضی من المسافه من المسمی بالنسبه و لا یجری فیه.

(ماده: ۵۴۰) لو اشترط حمل معین الی محل معین و تعبت الـدابه فی الطریق فالمکاری مجبور علی تحمیله علی دابه أخری و إیصاله الی ذلک المحل

لأن الدابه هنا غیر شخصیه فله ان یحمله علی ای دابه شاء بل له ان یحمله علی ای مرکوب آخر من (عربه) أو (سیاره) أو غیرهما

(ماده: ۵۴۱) لا یجوز استیجار دابه من دون تعیین

و لکن ان عینت بعد العقد و قبل المستأجر یجوز و أیضاً لو استؤجرت دابه من

نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز و يصرف على المتعارف المطلق مثلا- لو استؤجرت دابه من المكارى إلى محل معلوم على ما هو المعتاد بلا تعيين يلزم المكارى إيصال المستأجر على دابه الى ذلك المحل على الوجه المعتاد.

قد تكرر منا بيان ان الإجاره بدون التعيين باطله، و التراضى بعد العقد على دابه معينه لا يجعلها مرتبطه بالعقد بل هو تراض مستقل لنفسه و يكون كإباحه و مطالعات، نعم لو كان هناك انصراف أو عرف أو عاده قام مقام التعيين و صح العقد كما ذكر فى ذيل هذه الماده

[ماده: ۵۴۲] لا يكفى فى الإجاره تعيين اسم الخطه و المسافه

الا ان يكون اسم الخطه علماً متعارفاً لبلده مثلا- لو استؤجرت دابه إلى العراق لا يصح ان يلزم تعيين البلده و لكن لفظ الشام و ان كان اسم قطعه تعورف إطلاقه على بلده دمشق إلخ ..

تعيين اسم المسافه يكفى على نحو الكليه فيجعلها فى أي جهه شاء و على نحو الشخصيه فيعينها فى جهه مخصوصه فلو استؤجرت الدابه ليسير عليها مائه فرسخ فله ان يسير بها من الشام الى العراق و الى اى بلده يريد من العراق.

(ماده: ۵۴۳) لو استؤجرت دابه إلى مكان و كان يطلق على بلدتين فأيهما قصدت يلزم اجره المثل.

إذا قصد إحديهما و عينه صح و تعين المسمى و الا فسدت الإجاره و تعيين بدل المثل لو استوفى المنفعه.

(ماده: ۵۴۴) لو استكريت دابه الى بلده يلزم إيصال مستأجرها إلى داره.

هـذا غير لازم أصـلا بل اللازم اتباع عرف البلـد و تواضـعهم فان اختلف فلا بد من التعيين فى متن العقد فان لم يعين فلا حق فى الإيصال إلى الدار بل الى طرف البلد و يدخلها.

(ماده: ۵۴۵) من استكرى دابه إلى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابه إلى محل آخر فان تلفت الدابه يضمن.

الضـمان هنا بقاعـده اليـد بعد خروجه عن الأمانه فإن تلفت ضـمن العين و المنافع من حين التجاوز الى حين التلف خلافاً للحنفيه القائلين بأن (الأجر و الضمان لا يجتمعان) بل عندنا يضمن المنافع مطلقاً تلفت العين أم لا.

و هـذه المـاده تغنى عن جمله من المواد التى بعـدها مثل- ماده (۵۴۷) لو اسـتؤجر حيوان الى محـل معين و كانت طرقه متعـدده فللمسـتأجر أن يـذهب بأى طريق شاء من الطرق التى يسـلكها الناس و لو ذهب من غير الطريق الـذى عينه صاحب الدابه و تلفت فان كان أصـعب من الطريق الذى عينه ضـمن و ان كان مساوياً أو أسهل فلا،،، بل الصحيح انه يضمن بالتجاوز مطلقاً و لا مستند لما ذكروه سوى الاستحسان و الاعتبار الذى يذهب جفاء امام القاعده و الدليل.

و مثل ماده (۵۴۸) ليس للمستأجر استعمال دابه أزيد من المده التى استأجرها

و ان استعملها و تلفت فى يده يضمن،،، فإنها تكرار محض لما

سبق، و هكذا ماده (۵۴۹ و ۵۵۰ و ۵۵۱ و ۵۵۲) فـان الجميع فضول و تكرار بلا فائـده يلزم درجها جميعاً فى ماده أو مادتين عند التحرير.

[ماده: ۵۵۳] لو استكرى دابه للركوب من دون تعيين من يركبها

و لا ـ التعميم على ان يركبهـا من شـاء تفسـد الإجـاره و لكن لو عين و بين قبـل الفسـخ تنقلب إلى الصـحه و لا يركب على تلك الدابه غير من تعين.

هـذه الماده متهافته متـدافعه من جميع نواحيها فإن الإجاره إذا كانت فاسـده فما معنى الفسـخ، ثم كيف ينقلب الفاسد صـحيحاً و الشى ء لا ينقلب عما وقع عليه.

و «التحقيق» ان الإجاره المزبوره اى الخاليه من التعيين و التعميم صـحيحه و هى على حد سائر الإجارات الكليه فإنه يستأجر الدار و الـدابه شـهراً معينـاً ليسـتوفى تمام منافعها اى يملك كل منفعه يمكن استيفاؤها من تلك الـدار أو الـدابه بأى نحو اما بنفسه أو بايجارها لغيره أو غير ذلك، كل هذا جائز و صحيح، و هذا هو مفاد كل إجاره مطلقه فإذا أرادا غير ذلك وجب التعيين و إذا لم يعينـا فليس معنـاه انهـا فاسـده بـل تكون مطلقه عـامه ان لم يكن عرف خاص ينصـرف إليه الإطلاق كما فى ماده (۵۵۴) و ماده (۵۵۵) و كله واضح.

(ماده: ۵۵۶) ليس للمستأجر ضرب دابه الكراء من دون اذن صاحبها و لو ضربها و تلفت يضمن.

بل له ان يضربها على المتعارف و ان لم يأذن صاحبها.

(ماده: ۵۵۷) لو اذن صاحب دابه الکراء بضربها فلیس للمستأجر إلا الضرب علی الموضع المعتاد

مثلا- لو کان المعتاد ضربها علی عرفها فضربها علی رأسها و تلفت یلزم الضمان.

إذا استند التلف الی الضرب المزبور و لم یکن مأذوناً به بخصوصه اما لو استند الی سبب آخر لو لم یعلم السبب أو کان مأذوناً به فلا ضمان.

(ماده: ۵۵۸) یصح الرکوب علی دابه استکریت للحمل.

لعل وجه ذلک عندهم ان الرکوب أخف من الحمل و هو استحسان ممنوع صغری و کبری، و الأصح انه مع التقیید بالحمل فقط لا یجوز له الرکوب و لو رکب فتلفت ضمن و اجاره الحمل بطلت و علیه اجره المثل للرکوب.

و من هذا القبیل من الاستحسان الغیر حسن ماده (۵۵۹) لو استکریت دابه عین نوع حملها و مقداره یصح تحمیلها حملًا مماثلا له أو أهون منه فی المضره و لکن لا یصح تحمیل شی ء أزید فی المضره مثلا من استکری دابه علی ان یحملها خمسه اکیال حنطه کما یصح له ان یحملها من ماله أو مال غیره ای نوع کان خمسه اکیال حنطه کذلک یجوز ان یحملها خمسه اکیال شعیر- و لکن لا یجوز العکس- یعنی لأن الحنطه أصلب من الشعیر، و یتضح بالمثال الثانی من [المجله] کما لا یصح ان تحمل مائه وقیه حدید دابه استکریت علی ان تحمل مائه أوقیه قطن.

فان ثقل کل واحد منهما و ان کان واحداً و لکن ثقل الحدید

يجتمع على رقعه صـغيره من ظهرها فيهده و يبهضه بخلاف القطن فإنه ينتشر على ظهرها فيهون و لا يؤذيها فإنک قد عرفت عدم جواز التجاوز عن نص موضوع العقد فان هذه الطريقه تجعل العقد واهيا و توجب الفوضى فى العقود التى ما شرعت الا للضبط و الإتقـان بما لا يبقى معه مجال للتلاعب و التحوير حسب تبـدل الأهواء و الأغراض هـذا مضافاً الى ما أنبأناك عنه غير مره من ان القصود تختلف أشـد الاختلاف فقد يكون قصد صاحب الدابه أى المؤجر تحميلها الأثقل كالحديد ليروضـها و لا يرضـى بوزنه من القطن لانه خلاف غرضه.

و مثل هـذه المأجوريات عند الناس لا تحرز بالقياس و لا تدرک بالاسـتحسان، فالجمود على نص العقود هو المتعين و الا بطلت الفائده وضاع الغرض المهم فتدبر هذا و اغتنمه.

(ماده: ۵۶۰) وضع الحمل على الدابه على المكارى.

لأن المتعارف فى بلادنا ذلک و قد يتعارف فى بلاد خلافه فيكون هو المتبع.

(ماده: ۵۶۱) نفقه المأجور على الآجر.

و قـد تقـدم قريباً توضـيح هـذا الموضوع و حكمه و ان الموجر إذا لم يدفع نفقه الدابه و لا اذن بها للمسـتأجر أى لو اسـتأذنه فلم يأذن يجبره حاكم الشـرع فان لم يمكن و لم يحصل الغرض ينفق المسـتأجر و يرجع بها على المؤجر و له حبس العين بعـد المده حتى يأخذ حقّه.

نعم لو أنفق متبرعاً فلا معنى للرجوع حينئذ، و من هذا يظهر الخلل فى

بقیه هذه الماده (و لکن لو اعطی المستأجر علف الدابه بدون اذن صاحبها تبرعاً لیس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد)

الفصل الرابع فی إجاره الآدمی

(ماده: ۵۶۲) یجوز إجاره الآدمی للخدمه أو لإجراء صنعه ببیان مده أو بتعیین العمل بصوره أخری.

هـذا البیـان غیر کـاف و لاـ شـاف، و تحریر هـذا البحث ان إجـاره الإنسـان حراً أو عبـداً اما ان تقع علی الخـدمه، و بعباره اجلی یسـتأجره علی ان تکون کل منافعه له فیسـتعمله فی کل ما یریـد من حوائجه و لا محیص فی مثل هـذه الإجاره من تعیینها بالمده سنه معینه أو شهراً معیناً منجزه أو مضافه.

و امّا ان تقع علی عمل معین مخصوص من کتابه أو خیاطه أو حیاکه فلا بـد هنا من تحدیـد العمل و محل العمل ای ما یعمل فیه من خیاطه ثوب أو (جبه) أو غیر ذلک، اما الزمان فان عینه تعین و ان أطلق انصـرف الی المتعارف و ان لم یکن فاللازم ان یعمله بعد العقد بلا فصل و یکون له الاشـتغال بمقدار ما یقدر له أهل الصـنعه مثلا صیاغه القلاده فی أسبوع و صیاغه الخاتم فی یوم و هکذا فان لم ینضبط بذلک بطل کونه اجاره و صح جعاله بالمسمی فان لم یکن جعاله استحق لو عمل اجره

المثـل کما فی ماده (۵۶۳) لو خـدم أحـد آخر علی طلبه من دون مقـاوله أجره فله اجره المثـل، لانه بعـدم تعیین الأجره لم یقع اجاره و لا جعاله فله اجره المثل سواء کان ممن یخـدم بالأجره أو لا، و لا وجه لتقییده بالأول کما فی (المجله) فان عمل المسـلم محترم و هو غیر متبرع حسب الفرض.

نعم لو خـدم بغیر طلب لم یکن له حق المطـالبه بالأجره لأنه متبرع سواء کان کبیراً أو صـغیراً خلافاً لبعض من الزم بها فی الثانی دون الأول و هو تحکم، و لو اختلفـا فی الطلب فادعـاه الخـادم و أنکره المخـدوم حلف و لا حق الا إذا أقام الأول البینه کما فی نظائرها، اما لو اعترف بالطلب و قال: قصـدت ان تعمل لی متبرعاً، و قال الآخر: انا ما عملت بقصد التبرع بل یقصد الأجره یحلف لأنه أعرف بقصده الذی علیه المدار لا علی قصد الطالب و یأخذ الأجره.

و من هذا القبیل ماده (۵۶۴) لو قال أحد لآخر اعمل هذا العمل أکرمک و لم یبین مقدار ما یکرمه به فعمل العمل المأمور به اسـتحق أجر المثل،

لما عرفت من انه لیس اجاره و لا جعاله.

و «الضـابطه العـامه» ان کـل عمل متقوم لشـخص أو فی مال شـخص عن اذن منه فللعامل اجره المثل إلا إذا کان إجاره أو جعاله فالمسمی و ان کان تبرعاً فلا شی ء.

و منه ماده (۵۶۵) لو استخدم العمله من دون تسمیه اجره تعطی أجرتهم ان کانت معلومه و الا فاجر المثل،

لأن الإطلاق مع المعلومیه ینصرف إلیها و ان کان لا یخلو من نظر و معامله من یماثلهم علی هذا

الوجه أيضا.

(ماده: ۵۶۶) لو عقدت الإجاره على ان يعطى للأجير شيئاً من القميات لا على التعيين يلزم أجر المثل

مثلا- لو قال الأجر لآخر ان خدمتنى كذا أياماً أعطيتك بقرتين لا يلزم البقر للجهاله و يلزم اجره المثل، و لا فرق بين هذا و بين استئجار الظئر- و هى المرضعه- فلو استأجرها على ان يعمل لها ألبسه لا يصح الا إذا وصف الألبسه بما يرفع جهالتها كما يصح فى الفرع المتقدم لو وصف البقرتين و ان لم توصف الألبسه و لم تعرف كانت باطله و لو أرضعت بهذه الصوره كان لها أجر المثل، و قول (المجله) يلزم من الدرجه الوسطى لا وجه له، و من اقيسه امام الحنفيه انه قال: يجوز استيجارها بألبسه مجهوله و عوض مجهول لأن محبه الآباء الزائده لأبنائهم تجعلهم يحنون على الظئر فيعطونها أكثر مما تستحق، لأن الإجاره لا تفسد للجهاله بل للجهاله الموجبه للنزاع و الجهاله هنا لا توجب نزاعاً، ا ه.

و هذا نظير ما يقولون: سبكك مجاز بمجاز و غلط فى غلط، و هو ممنوع صغرى و كبرى، فان الآباء و ان كانوا يحبون أولادهم و لكنهم يجازفون بأموالهم و يتنازعون على ما هو أقل من ذلك و الشارع قد منع من مطلق الجهاله حمايه للحمى حتى لا يصل الأمر إلى الجهاله الموجبه للنزاع فتدبره جيداً.

(ماده: ۵۶۷) العطيه التى تعطى للخدمه من الخارج لا تحسب من الأجره.

هذا واضح لا حاجه الى بيانه لأنها عطيه للخادم لا للمخدوم و ان كانت على حسابه.

(ماده: ۵۶۸) لو استؤجر أستاذ لتعليم علم أو صنعه فإن ذكرت مده انعقدت الإجاره على المده

و الأستاذ يستحق الأجره بكونه حاضراً أو مهيأ للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ، و ان لم تذكر مده انعقدت فاسده و على هذه الصوره ان قرأ التلميذ فالأستاذ يستحق الأجره و الا فلا.

يعنى يستحق اجره المثل على تعليمه، و على هذا فاستئجار المعارف طائفه من المعلمين براتب شهرى و ان لم يكن المده معلومه بأجمعها يمكن تصحيحه بأن الإجاره حسب القصد الارتكازى و التعامل الجارى يكون على كل شهر برأسه فتكون المده بهذا معلومه و يكون دفع الراتب عن أشهر العطله كشرط ضمنى.

و «الحاصل» ان الإجاره تقع على كل حصه من الزمن فيكفى معرفه الحصه و يقدح عدم معرفه جميع الحصص من المستقبل.

(ماده: ۵۶۹) من اعطى ولده الأستاذ ليعلمه صنعه من دون ان يشترط بينهما اجره

فبعد تعلم الصبى يعمل بعرف البلده و عادتها و ان لم يكن عرف فاجره المثل.

(ماده: ۵۷۰) لو استأجر أهل قريه معلماً أو إماماً للصلاه أو مؤذناً و أو فى خدمته يأخذ من أجرته من أهل تلك القريه.

هذا مما لا اشكال فيه فيجمعونها من افرادهم على حسب العاده فيما بينهم أو على مقدار سعه كل واحد منهم إنما الإشكال فى صحه مثل هذه

الإجاره و هی مسأله معروفه بالإشکال و من معضلات الفن عند الفقهاء و هی مسأله أخذ الأجره علی الواجبات و حیث ان [المجله] لم تتعرض لهذا البحث مع انه من مهمات مباحث الإجاره و کان حقه ان یذکر هنا أی فی إجاره الآدمی أو فی شرائط العمل المستأجر علیه، و موجز القول فیه ان الواجب لا یخلو اما ان یکون عینیاً أو کفائیاً و کل منهما لا یخلو اما ان یکون تعبدیاً أو توصلیاً و کل منهما لا یخلو اما ان یکون وجوبه أصلیاً أو عرضیاً و کل منهما اما ان یکون واجباً علیه أو علی غیره، فالواجبات التوصلیه بجمیع أنواعها سواء وجبت علیه أو علی غیره، یجوز أخذ الأجره علیها مطلقاً لان معنی التوصلی هو الذی یطلب وجوده فی الخارج کیف اتفق و من ای داع و سبب کان فیجوز ان یستأجرک غیرک لتطهیر ثوبه أو ثوبک للصلاه و غیرها کما یجوز ان تستأجره لذلک أیضاً و کذا الکلام فی سائر التوصلیات و اما التعبدیات و هو ما لا یصح الا بنیه القربه أی لا یحصل امتثاله إلا بإتیانه بداعی التقرب الیه تعالی فی امتثال امره فلا یصح أخذ الأجره علیه حسب القاعده لأن الإتیان به بداعی القربه یتنافی مع الإتیان به بداعی الأجره سواء کان عینیاً أو کفائیاً کصلاه الظهر أو الصلاه علی المیت و کذا؟؟؟؟ أو تغسیل المیت فلا معنی لاستئجار شخص یصلی عنک صلاه الظهر و یصلی علی میتک أو یغسله و الإجاره تکون باطله لاغیه.

نعم یستثنی من ذلک أخذ الأجره للصوم و الصلاه و الحج نیابه عن

المیت الـذی ثبت بالـدلیل من إجماع و غیره صـحته، و قـد أعضل علی الأساطین تطبیق هـذا الحکم علی القواعد و تخریج وجه للجمع بین داعی القربه الـذی تتقوم به روح العباده و داعی الأجره الذی لم یأت بالعمل عن الغیر لولاها و هما متنافیان بالضـروره فکیف الجمع بینهما و الشـرع لا یصحح المستحیل؟ و قد ذکروا لذلک وجوهاً متعدده لا یخلو أکثرها من نظر و هی موکوله إلی محلها.

و یلحق بهذا المستحبات التعبدیه مطلقاً کصلاه النوافل و قراءه القرآن فلا یصح ان تستأجر من یصلی النافله عنک أو عن نفسه أو یقرأ القرآن له أو لک أو لو لدیک و لکنهم جوزوا النیابه عن الغیر حی أو میت فی عامه المسـتحبات حتی الحج و لم یمنعوه إلا فی الصوم و الصـلاه عن الحی فلا یصح ان تسـتأجر من یصوم عنک شـهر رجب أو شـعبان أو یصـلی لک صلاه النافله أو صلاه التراویح.

نعم یجوز استیجاره لیزور عنک أو یحج أو یقرأ القرآن و هکذا سائر المستحبات التی تصلح فیها النیابه.

أما الواجبات الکفائیه و المسـتحبات الکفائیه فقـد أشـیر لک انها أیضاً علی قسـمین، تعبدیه کصـلاه المیت و تغسـیله، و توصـلیه دینیه کتعلیم الاحکام و تبین مسائل الحلال و الحرام و اقراء القرآن و أمثالها، و توصـلیه دنیویه کالصنائع و العلوم مثل علم الطب و سـائر مـا تتوقـف علیه الحیـاه الاجتمـاعیه من الحرف و المهن و الصـناعات فـان الجمیـع واجب کفـائی و لکنه توصـلی دنیوی ضروره ان غرض الشارع وجوده علی ای نحو اتفق لیستقیم به

نظام الهیئه الاجتماعیه، و قد عرفت ان الأول أعنی- التعبدی- لا یجوز أخذ الأجره علیه مطلقاً، نعم تجوز الأجره علی مقدماته أو مستحباته الغیر العبادیه کما یجوز أخذ الأجره علی قسم التوصلیات منه مطلقاً، و قد اتضح لک بهذا البیان ان أخذ الأجره علی تعلیم أهل القریه و امامه الصلاه و الأذان للإعلام بالوقت لا لصلاه نفسه جائز و الإجاره صحیحه علی الأقرب فی رأیی و ان منع منه جماعه من العلماء و هو الا وفق بالاحتیاط.

فان قیل: انه یجب قیام العالم و المؤذن و المقری بمثل هذه الشعائر الدینیه و لو لا ذلک لذهب الدین و تعطلت الاحکام.

قلنا: نعم لا- ریب فی وجوب کل ذلک و لکن وجوباً کفائیاً توصلیاً لان الغرض حفظ الدین و نشر الاحکام و لا ینافیه أخذ الأجره بعد ان کان المهم نفس وقوعها، نعم هو مکروه کراهه شدیده سیما فی تعلیم القرآن لقوله علیه الصلاه و السلام (أقروا القرآن و لا تأکلوا به) سواء کان من باب الفعل أو الافعال، و أشد منه إمامه الجماعه بل لا تخلو صحه الصلاه معه من اشکال، نعم لا- کراهه لمن دفع ولده لمن یعلمه القرآن ان یکرمه و یحسن الیه و لکن لا بنحو الأجره و یجوز للمعلم الأخذ خصوصاً إذا کان فقیراً و لا- مهنه له سوی ذلک، و کذلک قراءه القرآن لأرواح الأموات فینبغی للناس ان یعطوهم و ینبغی بل یجب علی هؤلاء القراء و المعلمین ان لا یماکسوهم.

و قد حررنا هذا البحث علی جری القلم من دون تجدید مراجعه و استقراء فعلیک ایها الطالب الاستقصاء التام فی مظانه، و اللّه ولی

التوفيق.

(ماده: ۵۷۱) الأجير الذى استأجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره، إلخ ..

قد تكرر بيان هذا و انه من الإجاره الشخصيه فلو تجاوز منطوقها، و تعدى عن نصها لم يستحق الأجره و كان ضامناً لو تلفت العين المستأجر على العمل بها، و هى قضيه مطرده سياله فى جميع الأعمال مقيده تاره و مطلقه أخرى و لكل حكمه، و قد أشار الى المطلقه فى ماده (۵۷۲) لو أطلق حين الاستئجار فللمستأجر أن يستعمل غيره، و ماده (۵۷۳) قول المستأجر للأجير اعمل هذا الشغل إطلاق، فلو قال للخياط: خط هذه (الجبه) بكذا، عن دون تقييد بنفسك أو بالذات و خاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق المسمى و ان تلفت بلا تعد لا يضمن.

حيث لا تكون هناك قرينه حال أو مقال بإرادته نفس الخياط كما لو كان استاداً ماهراً أو ما أشبه ذلك و الا ضمن بدفعها للغير.

[ماده: ۵۷۴] كل ما كان من توابع العمل و لم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلده و عادتها

كما ان العاده ان الخيط على الخياط، و مثله فى ان المتبع هو العرف و العاده ماده (۵۷۵) يلزم الحمال إدخال الحمل الى الدار و لكن لا يضعه فى محله مثلا- ليس على الحمال إخراج الحمل الى فوق الدار و لا وضع الذخيره فى الأنبار.

و مثلها- ماده (۵۷۶) لا يلزم المستأجر إطعام الأجير الا ان يكون عرف البلده كذلك.

و ماده (۵۷۷) ان دور دلال مالا و لم يبعه ليس له اجره

و إذا باعه دلال آخر كانت له الأجره فقط.

(ماده: ۵۷۸) لو اعطى ماله للدلال و قال: بعه بكذا دراهم، فان باعه الدلال بأزيد من ذلك فالفاضل أيضاً لصاحب المال و ليس الدلال سوى الأجره.

و لكن الدلال فى بيعه بالزائد الغير مأذون به يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازه و تفسد الإجاره. و يستحق اجره المثل على بيعه، و قد ورد فى حديث عروه البارقى نظير هذا حيث دفع له النبى صلى اللّه عليه و آله و سلّم درهمين ليشترى له بهما شاه فاشترى شاتين، نعم يمكن خروجه عن الفضولى بدعوى العلم بإذن الفحوى و ان المالك يرضى ببيع ماله بالزائد.

(ماده: ۵۷۹) لو خرج مستحق بعد أخذ الدلال أجرته و ضبط المبيع أو رد بعيب لا تسترد اجره الدلال.

إلا إذا كان الدلال عالماً بأنه مستحق للغير فإنه لا يستحق الأجره على معامله باطله بل ربما تكون حراماً لأنها اعانه على الإثم كما لو باع مال الوقف مع علمه بوقفيته الى كثير من أمثاله.

(ماده: ۵۸۰) من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذى فى أرضه

و بعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقى بنزول الحالوب (البرد) أو بقضاء آخر فلهم ان يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصه ما حصدوه و ليس لهم أخذ أجر الباقى.

هـذه المسـأله سـياله كثيره الفروع موضوعهـا الكميـات المتصـله و المنفصـله اى القاره و غير القاره التى مرّ نظيرها فى البيع و انها تنحل الى عقود متعدده فتصح فى الموجود الممكن و تبطل فى المفقود المتعذر بخلاف ما لو كان عقداً واحداً بسـيطاً فان الكل يعدم بانعدام بعض اجزائه.

و من هذا القبيل لو استأجره على خدمه سنه فخدمه سته أشهر و تمرض فإنه يستحق نصف الأجره و هكذا لو استأجره على خياطه الثوب فخاط نصـفه بخلاف ما لو استأجره على كون الثوب مخيطاً فإنه أمر بسيط فلو خاط بعضه لم يستحق شيئاً و يتضح هذا فى مثل السـفر فتاره يستأجره على المسير إلى المدينه و اخرى على كونه فى المدينه، و أوضح من هذا ان يستأجره على الحج و أداء المناسـك و اخرى على تفريـغ ذمه أبيه من الحـج الـذى اشـتغلت به ذمته، و مـع ذلـك فتمييز أحـد النوعين عن الآـخر فى بعض المقامات من اعقد المشكلات.

(ماده: ۵۸۱) كما انه للظئر فسخ الإجاره لو مرضت

(و تستحق اجره ما مضى) كذلك للمسترضع فسخها إذا مرضت أو حملت أو ظهر بها أحد العيوب إلخ ..

و هو واضح.

الباب السابع فی وظیفه الآجر و المستأجر بعد العقد

اشاره

و یشتمل علی ثلاثه فصول

الفصل الأول فی تسلیم المأجور

اشاره

تسـلیم العین المأجوره هو بعینه تسـلیم العین المبیعه الذی قد عرفت الکلام فیه فی (الجزء الأول) مفصلا و ان أکثر الفقهاء فسروه بالتخلیه و ذکرنا ما فیه من الخلل و التسامـح و انه یختلف باختلاف الأعیان المبیعه و قد عرفت قریباً ان الإجاره أیضاً تتعلق بالعین و لکن من حیث المنفعه و تسـلیم المنفعه لاـ یکـون الاـ بتسـلیم العین و هـو یختلـف باختلاـف الأعیـان أیضـا و (المجله) هنـا قد تسامحت أیضاً حیث فسرته بما الی التخلیه أو الاذن و هو لا یطرد فی جمیع المستأجرات فان تسلیم مثل الحلی و الحلل لا یتحقق إلا بإقباضه یـداً بید کالنقود و هکذا فی أکثر المنقولات، نعم یتم ما ذکروه فی الدور و العقارات و نحوها. و بهذا یتضح القصور فی ماده [۵۸۲]

(تسلیم المأجور هو عباره عن اجازه الآجر و رخصته للمستأجر ان ینتفع به بلا مانع.)

و من توضیح الواضحات ماده (۵۸۳) إذا انعقدت الإجاره الصحیحه علی المده و المسافه فیلزم تسلیم المأجور للمستأجر علی ان یبقی فی یدیه مستمراً الی انقضاء المده أو ختام المسافه.

فإن هذا من لوازم الإجاره و بدونه لا- یبقی لها معنی محصل و لا حاجه الی المثال بالکروسه و وصولها الی المحل کما ان من لوازم الإجاره و ملکیه منفعه العین المأجوره تسلیمها فارغه من کل ما یشغلها علی ما فی ماده (۵۸۴) لو آجر أحد ملکه و کان فیه ماله لا تلزم الأجره ما لم یسلمه فارغاً الا ان یکون قد باع المال للمستأجر أیضاً.

(ماده: ۵۸۵) لو سلم الدار الا حجره وضع فیها اشیائه یسقط من بدل الإجاره مقدار حصه تلک الحجره

و المستأجر مخیر فی الدار (بخیار تبعض الصفقه) و ان أخلی الأجر الحجره و سلمها قبل الفسخ تلزم الإجاره یعنی لا- یبقی للمستأجر حق الفسخ.

ای حیث لا یمضی زمان متقوم لعدم تسلیم الحجره و الا فاخلاؤها بعد زمان معتد به لا یسقط خیاره.

(الفصل الثانی) فی (تصرف العاقدین فی المأجور بعد العقد

(ماده: ۵۸۶) للمستأجر إیجار المأجور لآخر قبل القبض ان کان عقاراً و ان کان منقولا فلا

و ذکروا فی وجه الفرق بینهما ان احتمال هلاک المنقول غالب و احتمال هلاک العقار نادر، و النادر لا یعتبر فی الأحکام الشرعیه، و هو کما تری قیاس و استحسان لا یستقیم به المیزان، فان احتمال الهلاک لا یصلح فارقا فإنه ان هلک قبل القبض و جرت فیه قاعده (التلف قبل القبض) انفسخ العقد فیهما و الا نفذ العقد فیهما و کان تلف العین علی المؤجر و تلف منافعها علی المستأجر و یذهب الثمن المسمی علیه سواء کان عقاراً أو منقولا، و مقتضی ملکیته للمنفعه ان له إیجاره مطلقاً من المؤجر و من غیره، و منع بعضهم إیجاره من المؤجر لا وجه له، کما ان له بیع المبیع ثانیا للبائع و لغیره کما یجوز بیع بدل المنفعه إذا کان عیناً من المستأجر و من غیره، و إذا کان دیناً یجوز بیعه منه أیضاً و من غیره بناء علی جواز بیع الدین مطلقاً کما یجوز هبته للمستأجر فیکون إبراء و من غیره بناء علی تمطی الهبه من العین الی الدین و عدم اختصاصها بالأعیان فیکون

تمليكاً مجانياً.

(ماده: ۵۸۷) للمستأجر إيجار ما لا يتفاوت استعماله و انتفاعه باختلاف الناس لآخر.

يعنى انه لو استأجر دكانا أو حماما أو سفينه يجوز ان يؤجره لغيره كما يجوز إعارته للغير، اما ما يتفاوت الناس باستعماله كالدابه و الثياب فلا يجوز.

و قد عرفت مكرراً ان الملاك ليس قضيه التفاوت فى الاستعمال مضافاً الى انه مما لا ضابطه له فان الدار أيضاً مما يتفاوت الناس باستعمالها فيستعملها بعض بمداراه و بعض بغير مبالات، بل الميزان العدل فى ذلك هو الإجاره الكليه فيجوز أو الشخصيه فلا يجوز فالعبره بالإطلاق و التقييد لا غير فتدبره.

(ماده: ۵۸۸) إن آجر المستأجر بإجاره فاسده المأجور لآخر بإجاره صحيحه يجوز

عرفت ان الإجاره الفاسده و الباطله سواء، و إذا كانت الإجاره فاسده لم يترتب الأثر عليها و هو تملك المنفعه و إذا لم يملكها كيف يصح تمليكها لغيره و الفاسد لا يترتب عليه الا الفاسد لا الصحيح؟

(ماده: ۵۸۹) لو آجر أحد ماله مده معلومه لآخر بإجاره لازمه ثم آجر أيضاً تلك المده تكراراً لغيره لا تنعقد

و لا تنفذ الإجاره الثانيه و لا تعتبر.

احترز باللازمه عما لو كانت الإجاره جائزه لخيار شرط فيها و نحوه

فإن إيجاره ثانياً ملك المده بعينها من آخر يعد فسخاً للأولى، و لكن مع ذلك كان ينبغى ان تقول: انها لا تنفذ بل تبقى موقوفه على إجازه المستأجر الأول و يكون المؤجر فضولياً بالنسبه إلى المستأجر الأول لا أنها لا تنعقد أصلا فتدبر.

اما لو آجر غير تلك المده فلا مانع من توارد الإجارات المتعاقبه على العين الواحده باختلاف الأزمنه.

(ماده: ۵۹۰) لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع و المشترى و ان لم يكن نافذاً فى حق المستأجر.

هذا البيان قاصر ناقص، و تحرير البحث ان المؤجر إذا باع العين المأجوره وقع النظر من جهتين.

جهه البائع و المشترى.

و جهه البيع و الإجاره، أو المؤجر و المستأجر.

اما من الجهه الأولى فإن كان المشترى عالماً حين العقد بان المبيع مأجور لزم البيع عليه و لا خيار له أصلا و لزم عليه الصبر الى انتهاء مده الإجاره و بعدها يستلم العين لانه قد اشتراها مسلوبه المنفعه، و البيع المتأخر لا يبطل الإجاره المتقدمه، و ان كان جاهلا بها ثم علم كان له الخيار ان شاء امضى البيع و صبر و ان شاء فسخ و لا حق له فى فسخ الإجاره أصلا.

و اما من الجهه الثانيه فقد ظهر لك انه لا تزاحم بين الإجاره السابقه و البيع اللاحق أصلا و لا سبيل للمشترى على فسخها كما لا سبيل للمستأجر

على فسخ البيع بل يقضى مدته ثم يدفع العين إلى المشترى.

إذاً فما معنى قول (المجله) و ان لم يكن نافذاً فى حق المستأجر؟ و كان حقه ان تقول: و ان لم يكن نافذاً فى حق المشترى لو كان جاهلا، و لا حاجه بل و لا فائده فيما فرعته على ذلك بقولها. حتى انه بعد انقضاء مده الإجاره يلزم البيع فى حق المشترى و ليس له الامتناع إلخ ..

يعنى إذا كان عالماً.

الفصل الثالث فى بيان مسائل تتعلق برد المأجور و إعادته

أكثر مواد هذا الفصل مع وضوحها و كونها غنيه عن البيان مكرره متداخله يغنى بعضها عن بعض مثلا- ماده (۵۹۱) يلزم على المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجاره- هى عين ماده (۵۹۲) ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجاره، و لا اختلاف بينهما إلا فى العباره، فإن رفع اليد عباره ثانيه عن عدم الاستعمال، كما ان ماده (۵۹۳) لو انقضت الإجاره و أراد الأجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه تكفى عنها و تدل عليها ماده (۵۹۴) لا يلزم المستأجر رد المأجور و يلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجاره إلخ.

و كذا ماده (۵۹۵) إن احتاج رد المأجور الى الحمل و المئونه فاجره

نقله على الآـخر، و «بـالجمله» فحق حسن التحرير يقضـى بإلغـاء هـذا الفصـل و جمع جميع مواده فى مـاده واحـده فيقـال: العين المأجوره امانه فى يد المسـتأجر و هى أمانه مالكيه لا يجب ردها بل يجب تسـليمها عند طلبها و على المؤجر تسـلمها و لو احتاج ردها إلى أجره فعلى المالك و لا يجوز بعـد انقضاء المـده اسـتعمالها إلا بإذن جديـد فلو اسـتعملها بـدون اذن و تلفت و لو بغير تفريط ضـمن و لو تلفت بغير استعمال و غير تفريط قبل الطلب فلا ضمان. الا ان يشترط على المستأجر ردها و نفقتها فيكون عليه ضمانها لو قصر فى ردها أو نفقتها.

و من الغريب قول بعض الشـراح: إذا اشترطا ان يكون أجره اعاده المأجور على المسـتأجر فسدت الإجاره لأنه شرط مفيد للمؤجر و الشرط المفيد لأحد العاقدين يفسد الإجاره ا ه.

و ما ادرى كيف صار الشـرط المفيـد لأحد العاقدين مفسداً للإجاره مع ان كل من يشترط شـرطاً فإنه يشترطه باعتبار انه مفيد له، فهل يريـد هـذا القائل ان الشـرط الصـحيح هو ما يكون لغواً لا فائـده فيه، أو يحصـره فى المفيد لهما معاً و الكلا بحكم و جزاف يحكم عموم أدله الشروط.

الباب الثامن (فی بیان الضمانات

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی ضمان المنفعه

(ماده: ۵۹۶) لو استعمل أحد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبیل الغاصب

لا یلزمه أداء منافعه و لکن إذا کان مال وقف أو یتیم فعلی کل حال یلزم أجر المثل و ان کان معداً للاستغلال فعلی ان لا یکون بتأویل عقد أو ملک یلزم ضمان المنفعه یعنی أجر المثل مثلا- لو سکن أحد فی دار آخر مده بدون عقد اجاره لا تلزمه الأجره لکن ان کانت تلک الدار وقفاً أو مال یتیم فعلی کل حال یعنی ان کان ثم تأویل ملک و عقد أو لم یکن یلزم أجر مثل المده التی سکنها و کذلک ان کانت دار کراء و لم یکن ثم تأویل ملک و عقد یلزم أجر المثل و کذا لو استعمل أحد دابه الکراء بدون اذن صاحبها یلزم أجر المثل.

قد مرّ علیک کثیر من فروع هذا الباب و نظائر هذا الغرض المبتنی علی القاعده الاساسیه عند الحنفیه من ان (الأجر و الضمان لا یجتمعان) و خالفهم الشافعیه و عامه الإمامیه و القاعده المزبوره مع انها لا- تستند الی ای دلیل شرعی و لا- مدرک سوی الاستحسان و ان معنی ضمان العین دخولها فی الملک و إذا دخلت العین فی ملک إنسان ملک منافعها فإذا

استوفاها لا يضمن لانه قد ضمن عينها و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى فلا الضمان ملك و لا ملك العين مستلزم ملك المنفعه و لو سلمت كل هذه الأباطيل فما وجه استثناء الوقف و مال اليتيم فلو غصب الوقف أو مال اليتيم ألا يكون ضامناً للعين فما وجه ضمان المنفعه مع ضمان العين، و هل هذا الا من قبيل ما يقال:

سطح بهواءين ثم سلمنا كل هذه التحكمات فما وجه استثناء المعد للاستغلال أيضاً إذا لم يكن بتأويل عقد أو ملك فإذا كان بتأويل الملك فلا ضمان.

أ فليس من الحكم الجزاف و الكلام الكيفى ما فى ماده (۵۹۷) لا- يلزم ضمان المنفعه فى مال استعمل بتأويل ملك و ان كان معداً للاستغلال مثلا- لو تصرف أحد الشركاء مده فى المال المشترك بدون اذن شريكه مستقلا فليس للشريك الآخر أخذ حصته لانه استعمله على انه ملكه، و هذا جزاف كما ترى فى صغراه و كبراه فان الشريك حين يتصرف فى كل الدار المشتركه لا يلزمه ان يقصد ان الدار بأجمعها ملكه و لو قصد فليس لقصده اى أثر فضلا عن هذا الأثر الشديد و هو إسقاط حق شريكه من منافع حصته.

«و حقاً» ان الأحناف قد تطرفوا بهذه الفتوى مدى بعيداً، و فتحوا لحليه غصب أموال الناس باباً واسعاً، حيث صار بوسع كل أحد ان يستأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلك ثم ينوى به الملكيه فيكون غاصباً و ينتفع به مده حسب إرادته ثم يرده الى المالك بلا اجره و لا بدل المثل و يكون ذلك حلالًا له، و هذا حكم لا يسيغه ذوق إنسان و لا يقره عقل و لا وجدان، فكيف تقره الشريعه الإسلاميه المقدسه؟

و مثلها بل أسوء منها ماده (۵۹۸) لا يلزم ضـمان المنفعه فى مال استعمل بتأويل عقد و ان كان معداً للاستغلال مثلا- لو باع أحد لآخر حانوتا ملكه مشتركا بدون اذن شـريكه و تصـرف فيه المشترى ثم لم يجز البيع الشـريك و ضـبط حصته ليس له ان يطالب بأجره حصـته و ان كان معداً للاسـتغلال لأن المشترى اسـتعمله بتأويل العقد يعنى حيث انه تصـرف فيه بعقد البيع لا يلزم ضـمان المنفعه كذلك لو باع أحد لآخر رحى على انه ملكه و سـلمها ثم بعد تصرف المشترى لو ظهر لها مستحق و أخذها من المشترى بعد الإثبات و الحكم ليس له ان يأخذ أجره لتصرفه فى المده المذكوره لأن فى هذا أيضاً تأويل عقد.

فإن تأويل العقد و شـبهه الملكيه لا تسقط الحق الصريح و ملكيه الشريك القطيعه و بأى وجه مشروع أو معقول يستبيح المشترى منافع حصه الشـريك الذى لم يجز العقد على ماله بغير اذنه؟ و هل هذا الا أكل مال بالباطل؟ و الشـرع ينادى (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه- الا ان تكون تجاره عن تراض) و المنافع أموال بل هى ملاك ماليه الأعيان و لذا تقابل بالأموال.

و هـذه الفتوى الجائره، و الأحكام المجازفه- كلها انما جاءت من آفه العمل بالقياس، بل و القياس الوهمى أو القياس مع الفارق، أو الاستحسان المخالف للنص الصريح، و الدليل الواضح، عصمنا اللّه و إخواننا المسلمين من الزلل فى القول و العمل.

(ماده: ۵۹۹) لو استخدم أحد صغيراً بدون اذن وليه أو وصيه

فإذا بلغ رشده يأخذ أجر مثل خدمته و لو توفى فلورثته ان يأخذوا أجر مثل تلك المده من ذلك الرجل.

من المعلوم ان استخدام الصغير بدون اذن وليه غير جائز، و المعامله معه باطله، فلو استخدمه أحد فعل حراماً بلا إشكال إنما الإشكال فى ضمان تلك المنافع إذا كان الصغير حراً كما هو فرض المسأله بناء على ان منافع الحر لا تضمن اما مطلقاً أو التفصيل بين الكسوب و غيره أو تضمن مطلقاً كما هو الأقرب فى رأينا لأن الحر و ان لم يكن مالا و لكن لا مانع من ان منافعه عند حصولها أو العقد عليها تكون أموالا و بهذا صح ان يؤجر نفسه، و عليه فمنافع الصغير ان استوفاها أحد بوجه مشروع أو غير مشروع تضمن و يدفع بدلها لوليه أو له بعد بلوغه و رشده أو لورثته بعد موته و لا يجوز إعطاؤها له فى حال صغره و لا تحسب له و كذا لو أنفقها عليه لباساً و طعاماً فإنه يكون متبرعاً إلا إذا اذن وليه بذلك.

الفصل الثانى (فى ضمان المستأجر)

عرفت ان العين المأجوره أمانه مالكيه فى يد المستأجر و من حكم الأمانات مطلقاً عدم الضمان بغير تعد و تفريط و قد أحسنت (المجله) فى ماده (۶۰۰) المأجور امانه فى يد المستأجر ان كان عقد الإجاره

صحيحاً أو لم يكن.

و لكنه إذا قبضه بإذن المؤجر فى الفاسده اما لو قبضها بدون اذنه فهو ضامن مع الفساد مطلقاً و يتفرع على هذه الماده- ماده (٦٠١) لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور فى يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو بتعديه أو بمخالفته المأذونيه.

يعنى ان أسباب الضمان ثلاثه.

١-: إتلافه بالتعدى.

٢-: تقصيره فى حفظه حتى تلف.

٣-: مخالفته للإذن و شروط الإجاره.

فلو اشترط عليه ان لا يحمل على الدابه أكثر من وزنه فحمل عليها الأكثر فهلكت و لو بسبب آخر ضمن لانه بمخالفته الشرط خرج عن الامانه، و كان ينبغى ان يضم إلى أسباب الضمان سبب رابع و هو شرط الضمان مطلقاً و ان كان فى صحه مثل هذا الشرط بحث و لكن الأقوى الصحه، و قد ذكرت (المجله) السبب الأول فى ماده (٦٠٢) يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه، مثلا- لو ضرب المستأجر دابه الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف و شده فهلكت لزمه ضمان قيمتها.

و من هذا القبيل ماده [٦٠٣] حركه المستأجر على خلاف المعتاد تعد تفريطاً و يضمن الضرر و الخسار الذى يتولد منها مثلا- لو استعمل الألبسه التى استكراها على خلاف عاده الناس و بليت يضمن- و كذلك

احتراق الدار بسبب إشعال النار أزيد من عاده سائر الناس.

و أشارت إلى السبب الثانى فى ماده (۶۰۴) لو تلف المأجور بتقصير المستأجر فى المحافظه أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان، مثلا- لو ترک المستأجر دابه الکراء خاليه الرأس و ضاعت يضمن لأنه أمين مکلف بحفظ الامانه فيضمن إذا قصر بالحفظ المعتاد.

و أشارت الى الثالث فى ماده (۶۰۵) مخالفه المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى ما فوق المشروط توجب الضمان، و اما مخالفته بالعدول الى ما دون المشروط أو مثله لا- توجبه، مثلا- لو حمل المستأجر خمسين أقه حديداً على دابه استکراها لان يحملها خمسين أقه سمناً و عطبت يضمن و اما لو حملها حموله مساويه الدهن فى المضره أو أخف و عطبت لا يضمن.

أما ماده (۶۰۶) فهى من توابع ما تقدم فى ماده (۵۹۱) و (۵۹۲) و ماده (۶۰۰) و حقها ان تذکر فى إحدى تلک المواد.

الفصل الثالث (فى ضمان الأجير)

هذا الفصل معقود لتلف المستأجر فيه و الذى قبله کان لبيان تلف المأجور، و حيث ان الملاک فى المقامين متحد کان الأنسب بالتحرير جمعهما فى مقام واحد فان تلک الأسباب بعينها هى أسباب ضمان المستأجر فيه فإذا أعطيت

الخياط ثوباً ليخيطه فأتلفه أو قصر فى حفظه حتى تلف، أو تعدى الإذن أو الشرط كان ضامناً و كذا لو غرّه و قال يتسع لصنعه قباء فظهر خلاف ذلك، و لا فرق فى ذلك بين الأجير الخاص و المشترك و لا حاجه الى تكثير الأمثله و تكرار المواد و الفصول، و لا نجد وجهاً مقبولا أو معقولا للفرق بينهما، و ما يقال من أننا لو قلنا: بأن الأجير المشترك لا يضمن التلف الحاصل من عمله- يباشر بتقبيل اعمال فوق طاقته و يضر بالمستأجرين، ففساده غنى عن البيان، و تنقيح القول على الإجمال فى ضمان الأجير ما يعمل فيه ان القاعده تقتضى عدم ضمانه كالمستأجر بالنسبه إلى العين الا مع التعدى و التفريط أو التغرير- فالقصار و النجار و البيطار و الخياط و الصائغ و سائر أرباب المهن و الصنائع حتى الحمال و المكارى للنقل و الحمل لا يضمنون ما يتلف أو يعاب بأيديهم من أموال الناس الا بالإتلاف أو الشرط أو التفريط فى الحفظ أو التقصير فى العمل أو التغرير بان يقول له المستأجر: ان كان هذه القطعه من القماش تكفى جبه ففصلها، فقال: نعم تكفى ففصلها فظهر انها لا تكفى و لا فرق بين ان يشترط عليه أو يسأله فيقول نعم، إذا كان مغروراً منه، اما مع عدم شى ء من هذه الأسباب فلا ضمان لأنه أمين كالعين فى يد المستأجر لاستيفاء المنفعه و لكن ذهب أكثر الفقهاء الى ان الخياط و القصار إذا أفسد الثوب ضمن، و كذا الختّان و الحجام و الكحال و البيطار و كل من آجر نفسه لعمل فى مال المستأجر إذا أفسده كان ضامناً و ان كان بغير قصده لعموم (من أتلف ..) و للصحيح عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه،

فقـال «علیه السـلام» (کل عامل أعطیته علی ان یصـلح فأفسـد فهو ضامن) و یظهر منهم إطلاق الضـمان حتی مع عـدم التعـدی و التفریط بل قالوا بضـمان الطبیب المباشـر للعلاج إذا أضـر و ان کان حاذقاً الا مع أخـذ البراءه و عدم التقصـیر و افرطوا حتی قالوا بضـمان الحمـال إذا عثر و زلق فوقع و انکسـر مـا کـان یحمله کـل ذلـک لقاعـده الإتلاف، و صـدق الإتلاف فی کثیر من هـذه الموارد مشـکل و الصـحیح ناظر الی من أفسـد عن تقصـیر و تسامح و لذا لم یحکموا فی ما لو اسـتأجر دابه لحمل متاع فعثرت و تلف أو نقص بضمان صاحبها إلا إذا کان هو السبب فی عثرتها بضرب زائد أو نخس و کذا فی السفینه لو غرق متاعها و سرق و إذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم یضمن الا مع التقصیر فی الحفظ أو الشرط.

نعم لو غلبه النوم فسـرق قد یعد ذلک تقصـیراً فیضمن لکنه مشکل، و علی کل حال لو سرق لم یستحق الأجره ان کانت الإجاره علی الحفظ، اما لو کانت علی النطاره و النظاره و لو لـداعی الحفظ و قد قام بهما علی العاده اسـتحقها، کما ان صاحب الحمام لا یضـمن الثیاب لأن الأجره انما هی للحمام فقط لا له و للحفظ، نعم لو وضـعها الی جنبه بصـفه الامانه وجب علیه حفظها فلو قصر فی الحفظ ضمن.

و «القصاری» انک عرفت ان کلا من المستأجر و الأجیر بالنسبه إلی العین و محل العمل أمین و قاعده [الائتمان عدم الضمان] إلا إذا خرج عن الأمانه بأحد الأسباب المتقدمه فالأصل الاولی الذی یرجع

إليه فى موارد الشك هو عدم الضمان حتى يتحقق حصول السبب و من جميع ذلك يتضح القول فى مواد هذا الفصل.

اما- ماده (۶۰۷) لو تلف المستأجر فيه بتعدى الأجير أو تقصيره يضمن، فلا اشكال فيها كما لا إشكال فى ماده [۶۰۸] تعدى الأجير هو ان يعمل عملا أو يتحرك حركه مخالفين لأمر الآجر صراحه كان أو دلاله إلخ .. و مثلها ماده [۶۰۹] تقصير الأجير هو قصور فى محافظه المستأجر فيه بلا عذر مثلا- لو فرت الشاه و لم يذهب الراعى لقبضها تكاسلا و إهمالا يضمن حيث انه يكون مقصراً و ان كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبه احتمال ضياع الشاء الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً و لا يلزم الضمان.

انما الاشكال و المنع فى المادتين الأخيرتين- ماده (۶۱۰) الأجير الخاص أمين حتى انه لا يضمن المال الذى تلف فى يده بغير صنعه و كذا لا يضمن المال الذى يعمله بلا تعد أيضاً.

و- ماده (۶۱۱) الأجير المشترك يضمن الضرر و الخسار الذى تولد عن فعله و صنعه ان كان بتقصيره أو لم يكن.

فإن الأجير الخاص إذا كان لا يضمن لأنه أمين فالاجير المشترك أمين فحقه ان لا يضمن أيضاً فما وجه التفصيل بالضمان بينهما؟ كما عرفته قريباً موضحاً.

و الى هنا انتهت مواد (المجله) من مباحث الإجاره

و قد بقيت مسائل مهمه لم تتعرض لها أو أشارت إليها بصوره مجمله يلزم بيانها.

اشاره

الاولی-: ان صوره امتناع الانتفاع بالعین المأجوره و أنواعه کثیره

و حیث ان أکثرها قد تقدم متفرقاً فی عده مواد وجدنا من حسن التحریر ان ننظم شتاتها فی سلک واحد کعقد متلائم فنقول: ان امتناع تمام الانتفاع اما ان یکون لتلف العین أو لتعیبها أو لسبب آخر مع سلامتها.

اما التلف فان کان سماویاً فهو موجب للفسخ بجمیع أنواعه بعد القبض أو قبله فی الأثناء أو قبل الشروع فی الاستیفاء، غایته انه لو کان فی الأثناء وزعت الأجره المسماه علی الماضی و الباقی بالنسبه فأخذ المستأجر حصه ما بقی و دفع للمؤجر حصه ما مضی و یمکن الفسخ فی الجمیع و أخذ بدل المثل عن الماضی، و ان کان بإتلاف متلف فان کان هو المؤجر ضمن المثل أو القیمه للمستأجر- یعنی قیمه المنفعه- و لو قیل ان للمستأجر الخیار بین الفسخ و استرداد الأجره المسماه أو الإمضاء و أخذ القیمه کان سدیداً، و ان کان هو المستأجر ضمن العین و لزمته الأجره المسماه و کان إتلافه بمنزله الاستیفاء، و ان کان المتلف أجنبیاً ضمن العین للمؤجر و المنفعه للمستأجر، اما فی العمل فتبطل الإجاره مطلقاً لزوال الموضوع، و ان کان المانع هو العیب فهو موجب لخیار المستأجر مطلقاً سواء کان قبل العقد أو بعده قبل القبض أو بعده فلو فسخ فی أثناء المده دفع من الأجره المسماه بالنسبه عما مضی، اما لو کان المانع غیر التلف و العیب فاما ان یکون من المؤجر بامتناعه من تسلیم العین و عدم التمکن من جبره بحاکم أو نحوه أو سلمها ثم انتزعها أو حال بین المستأجر و بین

الانتفاع فهو فی الجمیع ضامن للمنفعه بالمثل أو القیمه و لو قیل بالخیار للمستأجر کان أصوب، و اما ان یکون من المستأجر فإن کان لعذر کمرض یمنعه الرکوب مثلا أو زوال مرض کما لو استأجره علی قلع ضرسه فزال الألم و أمثال ذلک فالمسئله مشکله و القول بالبطلان فی الابتداء أو فی الأثناء للتعذر و تنزیل العذر الخاص منزله العام قریب جداً و ان کان لا یخلو من نظر، اما لو ترکها لا لعذر فقد لزمته الأجره، و اما لو کان المانع أجنبیاً کظالم أو غاصب أو غیرهما فان کان قبل القبض تخیر بین الرجوع علی المؤجر بالأجره أو الرجوع علی الظالم بالبدل، و ان کان بعده فلا رجوع له علی المؤجر و تعین الرجوع علی الأجنبی، و ان کان المانع عذراً عاماً کنزول ثلج أو قیام حرب و ما الی ذلک فالبطلان ابتداء أو فی الأثناء و تتوزع الأجره.

هذا هو التحریر الشافی المستوعب لجمیع فروع القضیه باختصار و یجوز ان یکون قد فاتنا شی ء و لمن یستدرکه علینا المحمده و الشکر و باللّه التوفیق.

الثانیه-: لم تذکر (المجله) بطلان الإجاره أو عدمه بموت المؤجر أو المستأجر

مع أنها من مواضع الخلاف بین فقهاء المذاهب کاختلاف فقهائنا فیها و لکن استقرت فتوی المتأخرین منا علی عدم بطلانها أصلا بموت أحدهما و لا بموتهما و تنتقل الأجره إلی ورثه المؤجر لو مات و المنفعه إلی ورثه المستأجر.

نعم فی الإجاره المقیده بالمباشره تبطل من حین الموت لا من أصلها

و تتوزع الأجره، و كذا لو آجر المرتزقه العين الموقوفه وقفاً ترتيباً و ماتوا فى أثناء المدّه فإن إجارتهم تبطل لانتقال الحق إلى البطن اللاحق و ملكيتهم محدوده، إلا إذا كان إيجارهم لمصلحه الوقف فإنها تبقى الى تمام مدتها و كذا لو اوصى لرجل بالمنفعه مده حياته و مات فى أثناء الإجاره، اما الأجره على العمل فلا تبقى بل يجب على الورثه الإتيان بالعمل المستأجر عليه، اما لو اشترط عمله بنفسه أو سكناه بذاته فمات فللمؤجر الخيار و لو كان على نحو التقييد بطلت، و لو آجر الولى الصبى مده و بلغ فى أثنائها و صار رشيداً فيحتمل البطلان فى الزائد و يحتمل الصحه و يحتمل وقفها على الإجازه و هو الأقرب إلا إذا كانت مصلحته فى ذلك الوقت تقتضى إجارته تلك المده المعينه فإنها تلزم و لا حق له فى فسخها، و يشبه ذلك ما لو آجر العبد و أعتقه فى أثناء المده أو آجر الدار و باعها فى الأثناء كما سيأتى أو آجرت المرأه نفسها ثم تزوجت فان الجميع لازم لا فسخ فيه و نفقه العبد فى تلك المده اما على المولى الذى استوفى منافعه فيها أو فى كسبه إن امكنه الكسب مع الخدمه أو على ذمته أو من بيت المال أو على المسلمين كفايه أو على مستأجره و يستوفيه منه بعد انتهاء المده و هو الأقرب، اما الزوجه فنفقتها على الزوج مع التمكين و ان كانت الخدمه لغيره،

الثالثه-: يجوز للمؤجر بيع العين المأجوره فى أثناء مده الإجاره

فالمشترى يملك رقبه العين مسلوبه المنفعه تلك المده و المستأجر يملك المنفعه و لا تزاحم بينهما و لكن لو كان المشترى جاهلا بالإجاره كان له الخيار لانه نقص فى العين معنى و ان لم يكن نقصا صوره و ليس هو عيباً و لذا

ليس له المطالبه بالأرش بل اما الإمضاء و اما الفسخ كسائر الخيارات غير خيار العيب، و لو كان عالماً و أقدم فلا خيار، أما لو اعتقد أنها مثلا سنه ثم بان انها سنتان كان له الخيار على اشكال، و لو فسخ المستأجر رجعت المنفعه إلى البائع لا إلى المشترى.

نعم لو اعتقد البائع و المشترى بقاء المده ثم انكشف انقضاؤها فالأقوى أنها للمشترى لتبعيّه المنفعه للعين سواء شرطا كونها مسلوبه المنفعه أو تبانيا عليه و لا يثبت للبائع خيار الا مع الغبن، هذا كله لو بيعت على غير المستأجر اما لو بيعت عليه فهل تنفسخ الإجاره أم تبقى؟ وجهان و تظهر الثمره حينئذ فى أمور أظهرها استحقاق الأجره و الثمن معاً للبائع و عدمه، (ثانيها) بقاء ملكيته للمنفعه لو فسخ البيع بأحد أسبابه، (ثالثها) إرث الزوجه من المنفعه فيما لا ترث من عينه، (رابعها) رجوع المشترى بالأجره لو تلفت العين قبل القبض و قبل انقضاء مده الإجاره فإن تلف العين فى الإجاره يوجب الرجوع بالأجره، اما لو قلنا ببطلانها بالبيع فلا رجوع بل يرجع بالثمن فقط، و لو وقع البيع منه و الإجاره من وكيله فى وقت واحد فالأقوى صحتهما معاً لقاعده اعمال السببين و يثبت للمشترى الخيار.

(الرابعه)-: إذا تبين بطلان الإجاره قبل استيفاء شى ء فلا اشكال

و ان كان بعد الاستيفاء كان للمالك المؤجر بدل المثل عما استوفاه المستأجر من المنفعه أو ما عمله من عمل، هذا إذا كان المؤجر جاهلا، اما لو كان عالماً فالمشهور عندنا انه لا شى ء له لأنه بتسليمه مع علمه بالفساد قد سلطه و أسقط حرمه ماله و هذه عند أصحابنا قضيه سياله و قاعده مطرده فيما كل

ما هو من هذا القبيل مثلا- لو سلم البائع المبيع مع علمه بفساد البيع فان كان موجوداً استرده و ان أتلفه المشترى استرد الثمن من البائع و لا يرجع عليه بشى ء لأنه سلطه على إتلاف ماله، و على هذا السبيل نهجوا فى سائر العقود، و هى لعمر الحق طريقه غير مستقيمه، بل عليله سقيمه، فإن البائع هناك و المؤجر هنا ما سلطا المشترى و المستأجر على إتلاف المال مجاناً و انما سلطاه بالعوض و كون الشارع لم يمض تلك المعامله لا يقلب الواقع عما هو عليه من انهما لم يسلطا الا بالعوض.

و «بالجمله» فقاعده احترام مال المسلم و أنه (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) تقتضى غرامه المال على من أتلفه إلا مع التسليط المجانى المفقود فى باب المعاوضات بالضروره و ان كانت فاسده فالحق عندنا الضمان بالبدل فى جميع العقود الفاسده حتى لو باع المسلم ماله بالخمر و الخنزير و هكذا ذكروا فى الأجره و ان المستأجر إذا دفعها عالماً بالفساد فان كانت موجوده أخذها و ان كانت تالفه و أتلفها المؤجر فلا رجوع و العامل إذا عمل فى الإجاره الفاسده قالوا: لا يستحق المسمى لفساد الإجاره و لا بدل المثل لانه متبرع، و هذا عندى غريب لان المتبرع هو الذى يقول أو يقصد ان يعمل بلا اجره لا الذى يعمل بقصد الأجره و الشارع يفسدها و احكام الشارع بالصحه و الفساد لا يقلب الموضوعات الخارجيه عما هى عليه، فتدبره و اغتنمه فإنه من نفائس التحقيق، و باللّه التوفيق.

الخامسه-: ان (المجله) لم تتعرض لمسائل الخلاف و النزاع

بين

المستأجر و المؤجر مع أن مسائل الشجار بين المتعاقدين من أهم مباحث العقود سيما فى الإجاره لكثره الوقوع و عموم البلوى و نحن نذكر ذلك على نحو الاختصار، و النزاع فيها يقع على أنحاء.

(الأول) لو تنازعا فى أصل الإجاره قدم قول منكرها بيمينه فان كان قبل استيفاء شى ء من المنفعه أو العمل فلا شى ء و ان كان بعده أو بعد شى ء منه فان كان المنكر المالك كان له اجره المثل و لا يستحق الزائد عليها من المسمى الذى يدعيه مدعى الإجاره و ان وجب عليه باعترافه و حسب اعتقاده ان يوصله الى المالك و لو من حيث لا يعلم، و ان كان المنكر هو المتصرف قدم قوله و وجب عليه ان يدفع بدل المثل للمالك فان زاد على المسمى الذى يدعيه لم يجز له أخذه و لزم على المتصرف ان يوصله إليه بأى نحو كان.

(الثانى) لو اتفقا على ان المتصرف مأذون باستيفاء المنفعه و المالك يدعى الإجاره و الآخر يدعى العاريه و أصاله الاحترام اى عدم البذل و الاذن بلا عوض تقضى بتقديم قول الأول و أصاله براءه ذمه المتصرف تقضى بتقديم قوله فيتحالفان و تثبت بعده اجره المثل على قاعده باب التداعى.

(الثالث) لو تنازعا فى قدر الأجره أو قدر المأجور أو مده الإجاره أو فى أصل الشرط أو فى قدره يقدم قول منكر الزياده و منكر شرط مع يمينه إلا إذا كان الشرط مما يقتضيه عقد الإجاره كالمحافظه على العين من لص أو ذئب و نحوه.

(الرابع) لو تنازعا فی تلف العین و عدمه قدم قول منکر التلف بیمینه علی قاعده المنکر و المدعی، و لکنهم قدموا هنا قول المستأجر إذا ادعی التلف لأنه أمین، و لو تنازعا ان التلف کان عن تعد أو تفریط قدم أیضاً قول منکره مع الیمین أیضاً.

(الخامس) لو تنازعا فی ان المأجور هذه الدار أو تلک أو انه دار أو دکان أو بغل أو فرس و هکذا أو ان حمل المتاع الی (بغداد) أو (البصره) أو ان الخیاطه علی قباء أو قمیص فکل ذلک من باب التداعی یتحالفان و تثبت اجره المثل ان کان بعد العمل و الا فلا شی ء.

نعم لو اختلفت صوره الدعوی کما لو حمل المتاع الی بلد فأنکر المالک ان یکون هو المستأجر علیه فالقول قوله بیمینه أو خاط الخیاط القماش قمیصاً فأنکر الاذن أو الإجاره علی ذلک فالقول أیضاً قوله و یضمن المتصرف کل نقص أو ضرر، اما لو کان قبل العمل فهو من التداعی کما ذکرنا.

(السادس) لو تنازعا فی صحه الإجاره أو فسادها بعد الاتفاق علی وقوع العقد قدم قول مدعی الصحه کما فی سائر العقود.

(السابع) إذا اختلفا فی رد العین المأجوره فمقتضی قضیه ان المستأجر أمین ان یقدم قوله فی الرد کما قدم فی دعوی التلف و کلاهما خلاف الأصل و لکنهم هنا حکموا بتقدیم قول المؤجر عملا بأصاله عدم الرد ای استصحاب بقائها عند المؤجر و لم یعملوا بهذا الأصل فی قضیه التلف مع ان الأمانه فی المقامین ثابته و الأصل فیهما جار و استخراج وجه

الفرق بينهما يحتاج الى مزيد تأمل.

(الثامن) لو اختلفا فی المال المردود فقال المستأجر هذا مالک، و قال المؤجر. لیس هذا مالی، فالقول قوله بیمینه و ان قال بل مالی ذلک الشی ء کان من باب التداعی، و صور النزاع و الخلاف کثیره ربما یتعسر ضبطها علی التفصیل و لکن «الضابط» انه کلما کان النزاع بالأقل و الأکثر أو دائر بین النفی و الإثبات فالقول قول منکر الأکثر و قول النافی لا المثبت، و مدعی الأکثر یحتاج إلی إثبات من بینه و غیرها إلا- إذا کان أمیناً فیقدم قوله بیمینه و کل ما کان النزاع بین متباینین فهو باب التداعی و التحالف.

(التاسع) مقتضی القواعد الأولیه ان من استؤجر علی عمل کخیاطه أو کتابه أو صوم أو صلاه و بقیه شئون هذه المباحث موکوله الی (کتاب القضاء) کما انه قد بقیت من (کتاب الإجاره) عده مسائل جد مهمه ذکرها فقهاؤنا فی مؤلفاتهم المتوسطه فضلا عن الموسوعات رأینا ان ذکرها یخرج بنا الی البسط الذی ربما لا یکون مرغوباً فی هذه العصور التی توفرت فیها العلوم، و تکثرت الفنون، و ازدحمت الاعمال، حتی ضاق مجال الفکر و الخیال، علی سعته عن استیعابها، و لنکتف بهذا المقدار من مباحث الإجاره سائلین الحق جل شأنه أن یوفقنا لتحریر باقی کتب (المجله) بمنه و کرمه.

اللهم علیک توکلنا و إلیک أنبنا و إلیک المصیر.

(و یتلوه کتاب الکفاله إن شاء اللّه)

الکتاب الثالث فی الکفاله

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و ثلاثه أبواب

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه (فی الاصطلاحات الفقهیه الدائره بالکفاله)

اشاره

(ماده: ۶۱۲)

الکفاله:

ضم ذمه إلی ذمه، فی مطالبه شی ء یعنی أن یضم أحد ذاته الی ذات آخر و یلتزم أیضاً المطالبه التی لزمت فی حق ذلک.

قد اجتهد نفسه هذا المعرف لیفصح عن المعنی المقصود فلم یستطع و بقیت العباره معقده غیر وافیه بالمراد.

و (تحریر البحث) ان فقهائنا یعبرون عن هذا الکتاب (بکتاب الضمان) و یخصون (کتاب الکفاله) بتعهد النفس، و إحضار الشخص، اما تعهد المال فهو الضمان، و عرفت فی (الجزء الأول) ان الضمان یستعمل فی لسان الشرع أو المتشرعه فی معنیین.

الأول-: غرامه التالف و منه (من أتلف مال غیره فهو له ضامن) و قول الحنفیه (الأجر و الضمان لا یجتمعان).

الثانی-: ضم ذمه إلی ذمه- أی جعل ذمه مشغوله بما اشتغلت به ذمه

أخرى، بحيث يصير لصاحب الحق مطالبه أيهما شاء، و أيهما دفع تبرأ ذمته و ذمه الآخر، هذا عند فقهاء المذاهب.

اما عند الإماميه فهو نقل المال من ذمه إلى أخرى بحيث تبرأ ذمه الأول و تبقى ذمه الآخر هى المشغوله، و قد أوضحنا لك فيما سبق ان الجميع يرجع الى معنى واحد، و أصل حقيقه الضمان هو العهده و التعهد، فغرامه التالف عباره عن دخول البدل فى عهده المتلف و اشتغال ذمته به و هو ضمان العهده و ضم ذمه إلى أخرى أو نقل المال من ذمه إلى ذمه و هو جعل الحق فى عهدته اما معاً على سبيل البدليه كما عند القوم، أو نقلًا و تحويلًا كما عند الإماميه، و كفاله النفس أيضاً ترجع أيضاً الى ضمان العهده يعنى انك تتعهد بإحضار الشخص فى الوقت المعين أو متى شاء صاحب الحق كما فى ماده (۶۱۳) الكفاله بالنفس هى الكفاله بشخص واحد، و ما بعدها من ماده (۶۱۴) إلى ماده (۶۲۰) مكررات واضحات و ماده (۶۱۷) سيأتى تفصيلها فى مادتى (۶۲۳) و (۶۲۴) و (الخلاصه) ان الكفاله أى الضمان نسبه و اضافه تتقوم بأربعه أطراف.

(۱) الكفيل- و هو الضامن المتعهد.

(۲) المكفول- و هو المضمون عنه أو معه.

[۳] المكفول له- و هو صاحب الحق المضمون و يعبر عنه بالمضمون له.

[۴] الحق المضمون- و هو المال أو النفس.

و هى عند أصحابنا عقد يتوقف على الإيجاب من الضامن و القبول

من المضـمون له و هو صاحب الحق، اما المضـمون عنه اى من عليه الحق فقيل: يعتبر قبوله أيضاً فتتقوم بإيجاب و قبولين، و قيل: لا يعتبر، اما عند أصحاب (المجله) فيكفى إيجاب الكفيل كما سيأتى.

الباب الأول فی «عقد الكفاله

اشاره

و یحتوی علی فصلین»

الفصل الأول «فی ركن الكفاله»

(ماده: ۶۲۱) تنعقد الكفاله و تنفذ بإیجاب الكفیل فقط

و لكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك و تبقی الكفاله ما لم یردها المكفول له و بهذه الصوره لو كفل أحد و طلب المكفول له فی غیابه و مات قبل وصول خبر الكفاله الیه و یطلب الكفیل بكفالته هذه و یؤاخذ بها.

ذهب جماعه من متأخری فقهائنا إلی كفایه الإیجاب و عدم لزوم القبول العقدی من المضمون له ای المكفول له بل یكفی رضاه سابقاً أولا حقاً أو مقارناً و حینئذ فلا یلزم فیه ما یلزم فی سائر العقود اللازمه من صیغه خاصه و توالی الإیجاب و القبول و غیر ذلك و هذا هو المعنی المعقول و لعله هو مراد أرباب (المجله) و ان كانت العباره قاصره عنه فان رضا صاحب الحق أی المكفول له لا بد منه و لا یكفی عدم رده

و لا- یلزم الکفیل بها مع عدم إحراز رضا المکفول له فلو مات قبل العلم برضاه فالکفیل غیر مشغول الذمّه و قولهم: ان الکفیل یطالب بکفالته و یؤاخذ بها غیر سدید کما هو واضح بأقل تأمل، بل قد یکون فی بعض الظروف و الاعتبارات رضا المکفول ای المضمون عنه معتبراً أیضاً کما لو کان من ذوی الشأن و یکون علیه حزازه فی ضمان هذا الضامن الذی هو أحط منه درجه عند الناس فلا ینتقل الحق من ذمته الا برضاه.

[ماده: ۶۲۲] إیجاب الکفیل یعنی ألفاظ الکفاله هی الکلمات التی تدل علی التعهد و الالتزام فی العرف و العاده

مثلا لو قال کفلت أو انا کفیل أو ضامن الکفاله،،، عقد الضمان أو الکفاله له صیغ خاصه علیه صراحه و بالمطابقه و هی- کفلت و ضمنت، و انا متعهد و انا ضامن- و له صیغ تدل علیه بالالتزام کقوله: حقک علی فلان هو علی و أنا مشغول لک به، و أشباه هذا، و الجمیع کاف علی حد سائر العقود اللازمه عندهم و ان کان الأحوط بل الأقوی لزوم الاقتصار علی الصیغ الصریحه أو القریبه منها.

اما المجازات البعیده و استعمال ألفاظ عقد فی آخر کما لو استعمل لفظ الحواله و أراد منه الکفاله بقرینه أم بغیر قرینه فالأصح عدم انعقاد تلک المعاملات الخاصه بها و عدم تحقق تلک الحقائق باستعمالها.

(ماده: ۶۲۳) تکون الکفاله بالوعد المطلق أیضاً

انظر ماده (۸۴) مثلا لو قال: ان لم یعطک فلان طلبک فانا أعطیک تکون کفاله فلو

لم يعطه يطالب الكفيل.

ذكرنا فى تلك الماده ان المواعيد عندنا غير لازمه، نعم يستحب الوفاء بالوعد استحباباً شرعياً و يجب الوفاء به وجوباً اخلاقياً، فقوله:

ان لم يعطك فلان فانا أعطيك، و عدلا التزام و لا عقد لازم و ليس بكفاله و لا ضمان انما الضمان ان يقول: انا ملتزم أو متعهد أو ضامن و ما الى ذلك من الألفاظ الصريحه بالعهده و إشغال الذمه.

هذا فساد من هذه الناحيه و فساد من ناحيه أخرى و هى ان العقود اللازمه بل مطلقاً عند الفقهاء لا تحتمل التعليق سيما الضمان فلا يصح ان يقول: انا ضامن ان رضى أبى، و انا ضامن ان لم يعطك المديون، بل يشترطون فى الضمان التنجيز كما سيأتى، و استدلوا له بالإجماع تاره- و تحققه غير معلوم- و بمنافاه العقد للتعليق أخرى لأن أثر العقد يلزم ان يكون متصلا به غير منفك عنه، و فيه ان الأثر الخاص- اعنى الالتزام أو التعهد- فى ذلك التقدير أيضاً متصل بالعقد غير منفك عنه فكما يجوز التوقيت فى الضمان كقوله: انا ضامن بعد شهر أو بعد سنه يلزم جواز انا ضامن ان قبل أبى أو ان لم يعطك غريمك فيكون نظير ضمان العهده فى الأعيان فإنه ضمان فى الحقيقه ضمان معلق على التلف كما مرت الإشاره إليه فى قاعده اليد فتدبره.

و الى الضمان الموقت أشارت ماده (۶۲۴) لو قال: انا كفيل من اليوم الى الوقت الفلانى تنعقد منجزه حال كونها كفاله موقته، و ماده (۶۲۵) كما تنعقد الكفاله مطلقه تنعقد بقيد التعجيل و التأجيل يعنى

مقيـده بالحال أو بالوقت الفلانى- كل ذلک لإطلاق أدلتها المقتضى لجوازه كما يقتضـى جواز تعـدد الكفلاء عرضـيين كما لو كفل شـخصاً واحداً جماعه، و طوليين كما لو كفل الكفيل كفيل و هكذا و يكون حال أولئک و هؤلاء حال الواجب الكفائى ان ادى واحد سقط عن الجميع و الا فالجميع ذممهم مشغوله على نحو البدليه و كما فى تعاقب الأيدى على العين الواحده كما حقق فى محله و اليه أشار بماده (۶۲۶) يصح ان يكون للكفيل كفيل و ماده (۶۲۷) يجوز تعدد الكفلاء.

الفصل الثانى فى (بيان شرائط الكفاله)

(ماده: ۶۲۸) يشترط فى انعقاد الكفاله كون الكفيل عاقلا و بالغاً

بناء عليه لا تصح كفاله المجنون و المعتوه و الصبى، و لو كفل حال صبوته و أقربها بعد البلوغ لم يؤاخذ بها.

العقل و البلوغ- بل و الرشـد- عنـدنا من الشـرائط العامه التى لا يصـح عقـد الا باجتماعها، و اما أرباب (المجله) فقـد اكتفوا- فى صحه البيع و الإجـاره و همـا من أقوى العقود اللازمه و أكثرهـا تـداولا- بالعقل و التمييز فقط اى لم يعتبروا البلوغ فاعتباره هنا و عدم اعتباره هناک لا يخلو من

غرابه و علی کل فیشترط فی صحه الکفاله أی الضمان.

۱-: الإیجاب و القبول.

۲-: صدورهما من عاقل بالغ.

۳-: کونه مختاراً فلا اثر لضمان المکره.

۴-: غیر محجور علیه لسفه، اما الحجر علیه لفلس فلا یمنع، لأن الحجر فی الفلس یتعلق بمنعه من التصرف فی أعیان أمواله لا فی ذمته فهو کما لو اقترض علی ذمته، و کذا یشترط عدم کون المضمون له مفلساً أو سفیهاً اما المضمون فلا یشترط فیه شی ء من ذلک.

۵-: ان لا یکون مملوکاً غیر مأذون من مولاه، و عن بعض فقهائنا جواز ضمانه مطلقاً کجواز دینه و یتسع به بعد العتق، و نفی القدره عنه فی قوله تعالی (عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْ ءٍ) منصرف إلی الأعمال المنافیه لحق المولی و لیس هذا القول و ان کان المشهور علی خلافه ببعید، و لو اذن له المولی و عین فی ماله أو مال عبده- ان قلنا بأنه یملک أو فی ذمته تعین، و ان أطلق ففی کونه علی المولی أو علی ذمه العبد یتبع به بعد العتق أو فی کسبه فعلا وجوه أوجهها الأول لأن الاذن فی الشی ء اذن فی لوازمه بعد ان کان العبد لا مال له أصلا أو محجور علیه فهو کما لو اذن له بالتزویج حیث ان المهر و النفقه علی المولی و ان لم یقید و کما لو اذن له فی الاستدانه لنفقته و دعوی الفرق ممنوعه.

۶-: التنجیز عند المشهور فلو علق الضمان علی شرط بطل عندهم

اما لو علقه علی وصف ای علی أمر محقق الوقوع کالتوقیت صح، و قد عرفت التحقیق قریباً.

۷-: کون المضمون حقاً ثابتاً فی ذمه المضمون عنه سواء کان مستقراً کالفرض و العوضین فی البیع المنجز، أو متزلزلا کأحد العوضین فی البیع الخیاری و کالمهر قبل الدخول فلو قال: أقرض فلاناً و انا ضامن أو بعه نسیئه بضمانی لم یصح عند المشهور بل ادعی الإجماع عندنا علی بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً فهو فی ضمانی مع انهم اتفقوا ظاهراً علی الصحه فیما لو قال عند خوف غرق السفینه: ألق متاعک فی البحر و علی ضمانه، و ذهب جماعه إلی صحه ضمان مال الجعاله قبل العمل مع انه حق غیر ثابت فالأقوی کفایه مقتضی الثبوت و علیه فیصح ضمان النفقه المستقبله للزوجه لأن نفس الزوجیه تقتضی ثبوتها و ان لم یثبت فعلا بل یمکن القول بما هو أوسع و هو ضمان الأعیان و عدم قصره علی الحق الثابت فی الذمه فیصح ضمان العین المغصوبه و المقبوض بالسوم و بالعقد الفاسد و ضمان درک الثمن لو ظهر المبیع مستحقاً و درک المبیع لو ظهر الثمن مستحقاً و کل هذا من ضمان العهده المستفاد من قاعده الید فیتلاقی الضمانان- ضمان العقد و ضمان الید- فی أصل واحد و فسیله فارده.

۸-: ان لا یکون الضامن مشغول الذمه للمضمون عنه بمثل المال المضمون فإنهم ذکروا: ان التعهد اما بمال أو بنفس و الثانی هو الکفاله و الأول- اما من برئ- و هو الضمان- و اما من مشغول الذمه و هو الحواله.

و یمکن الخدشه فیه بان ملاک الفرق بین الضمان و الحواله لیس هو البراءه.

و الاشتغال بل ان المتعهد ان ابتدأ بالتعهد و لو بإذن المتعهد عنه فهو ضمان سواء كان مشغولا أو بريئاً و ان كان بتوجيه المتعهد عنه ماله من الحق إلى غيره فهو الحواله.

و «الحاصل» ان الضمان و الحواله معنيان متباينان بحسب الجوهر و ان اشتركا فى بعض اللوازم فالضمان تعهد أعم من ان يكون بطلب أو ابتداء و ان كان الغالب الثانى، و الحواله توجيه و تسليط على ذمه الغير فذاك تعهد ذمه لأخرى و هذه تسليط ذمه على ذمه فتدبره فإنه لا يخلو من دقه، و حينئذ فلو ضمن مشغول الذمه فإن كان بإذن المضمون عنه و بمثل ماله من الحق حصل التهاتر القهرى و الا فالحق باق فى ذمته كما فى الضمان التبرعى.

۹-: ان لا يكون فى المضمون له و الحق المضمون و المضمون عنه ترديد عند الضامن و إبهام فلا يصح ان يضمن أحد الدينين و لو لشخص واحد أو على واحد و لا ـ أحد الشخصين و لو عن دين واحد و لكن لا ـ يلزم معرفه الدين و مقداره و لا معرفه المضمون له أو المضمون عنه بشخصه بل يكفى المعرفه الإجماليه و الإشاره إلى واقعه على ما هو عليه و ان لم يعلمه الضامن تفصيلا فيصح لو قال: ضمنت ما عليك من دين و ان لم يعلم قدره و لا من له الدين كما يجوز ان يقول ضمنت مالك على الناس من ديون أو كل من له دين على زيد فانا ضامن له و هكذا و اليه أشارت (المجله) فى ماده (۶۳۰) ان كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً و ان كان مالا لا يشترط ان يكون معلوماً بناء عليه

لو قال: انا كفيل عن دين فلان الذى هو على فلان تصح الكفاله و ان لم يكن مقداره معلوماً، بل قد عرفت صحه ما هو أوسع من هذا فى الجهاله.

و «الضابطه» للصحه ان يقصد شيئاً له واقع يشير اليه و لو إجمالاـ بخلاف ما لو لم يكن له واقع معين كأحد الدينين أو أحد الشخصين فان واقعه الترديد لا التعيين.

و الى الشرط السابع أشارت (المجله) بماده (۶۳۱) يشترط فى الكفاله بالمال ان يكون المال المكفول به مضموناً على الأصيل يعنى ان إيفائه يلزم الأصيل بناء عليه تصح الكفاله بثمن المبيع و بدل الإجاره و سائر الديون الصحيحه كذلك تصح الكفاله بالمال المغصوب،،، يتضح لك من تحريرنا القريب ضعف هذا البيان الذى لم يميز فيه بين ضمان الذمم و الأعيان فإن ثمن المبيع تاره يكون كلياً و هو المورد المتفق على صحه ضمانه و اخرى يكون شخصياً و هو مما لا معنى لضمانه عند المشهور من الفريقين إذ لاـ وجه عندهم لضمان العين الموجوده فى الخارج و لكننا قد خرجنا لضمانها وجهاً على نحو ضمان اليد فى المغصوب و نحوه الذى يتضمن نوعاً من التعليق محصله وجوب رد العين مع وجودها، و رد بدلها مع فقدها.

و قد أشارت (المجله) هنا الى ضمان الدين صريحاً و ضمان العين بذكر المغصوب و بقى بدل الإجاره و ثمن المبيع صالحاً للأمرين و وافقت المشهور عندنا فى لزوم كون المضمون حقاً ثابتاً فعلياً و لا يكفى

الاقتضاء و الاستعداد.

و يتحصل منها ان ضابطه ما يصح ضمانه- الدين الثابت فى الذمه أو العين المضمونه ضمان يد أو ضمان معاوضه فتخرج الأمانات لأنها غير مضمونه أصلا كالعاريه و الرهن فضلا عن الوديعه و الإجاره، و كذلك يخرج المبيع قبل القبض فإنه فى ضمان البائع فلا دين و لا يد.

نعم يصح ضمانه بمعنى أوسع و هو التعهد بتسليمه و لو أتلف الأمين الامانه و اشتغلت ذمته ببدلها صح الضمان لانه دين، و بهذا يتضح بقيه ما فى هذه الماده من الأمثله حيث تقول: و كذلك تصح الكفاله بالمال المقبوض على طريق سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه- و هذا من قبيل ضمان العين- و لكن لا تصح الكفاله بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع و لا- يكون مضموناً على البائع الا- انه يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه، و كذلك لا تصح الكفاله بعين المال المرهون و المستعار و سائر الأمانات لكونها غير مضمونه على الأصيل و لكن بعد إضاعه المكفول عن هؤلاء و استهلاكها لو قال: أنا كفيل، تصح الكفاله و أيضاً تصح الكفاله بتسليم هؤلاء و بتسليم المبيع و عند المطالبه لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهه يكون مجبوراً على تسليمها الا- انه كما ان فى الكفاله بالنفس يبرأ الكفيل بوفاء المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شى ء.

(ماده: ۶۳۲) لا تجرى النيابه فى العقوبات

بناء عليه لا تصح الكفاله بالقصاص و سائر العقوبات و المجازات الشخصيه و لكن تصح الكفاله

بالأرش و الدیه الذین یلزمان الجارح و القاتل.

یعنی ان مورد الکفاله اما مال أو نفس اما القصاص و الحدود فهی حقوق إلهیه و احکام شرعیه و لا معنی لضمانها، نعم یتصور فیها ضمان الشخص و تسلیمه لا قامه الحد علیه أو القصاص فیکون من ضمان النفس و لا مانع منه و ان لم یصرحوا به، و لکن تصح الکفاله بالأرش قطعاً و الدیه لا اللذین یلزمان القاتل و الجارح لأنهما مال و الذمه مشغوله به و ان کان سببه الجنایه.

(ماده: ۶۳۳) لا یشترط یسار المکفول عنه و تصح الکفاله عن المفلس أیضاً.

هذا مما لا کلام فیه و لا حاجه الی بیانه انما الکلام فی اعتبار یسار الکفیل- ای الضامن- و لکن مع رضا المضمون له یسقط هذا البحث و لکن لو کان معسراً أو مفلساً و رضی المضمون له به لعدم علمه بفقره و فلسه لا یبعد بل المتعین، ان یکون له الخیار.

(الباب الثانی) فی (بیان أحکام الکفاله

اشاره

و یحتوی علی) (ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی (بیان حکم الکفاله المنجزه و المعلقه و المضافه)

(ماده: ۶۳۴) حکم الکفاله هو المطالبه یعنی للمکفول له حق مطالبه لمکفول به من الکفیل،

علی البدل کما هو عند فقهاء المذاهب، و علی التعیین عند الإمامیه لأن حکم الضـمان الصـحیح أی الکفاله برأیه المضـمون عنه من الحق و اشتغال ذمه الضامن به.

(ماده: ۶۳۵) یطالب الکفیل فی الکفاله المنجزه حالا ان کان الدین معجلا فی حق الأصیل و عند ختام المده المعینه ان کان مؤجلا

مثلا-:

لو قال: أحد انا کفیل عن دین فلان فللدائن ان یطالب الکفیل فی الحال

ان کان معجلا و عند ختام مدته ان کان مؤجلا.

و هذا- أی مطابقه الضمان الدین- واضح غنی عن البیان و انما الحری بالذکر جواز المخالفه فیجوز ضمان المؤجل حالاً و ضمان الحال مؤجلا بذلک الأجل أو انقص أو أزید کل ذلک لإطلاق أدله الضمان فلا وجه لما یحکی عن بعضهم من اعتبار الأجل فی الضمان کالسلم و عدم صحته حالا، و لا لقول آخر من انه لا یصح ضمان المؤجل لأنه من ضمان ما لم یجب.

(ماده: ۶۳۶) اما فی الکفاله التی انعقدت مضافه الی زمان مستقبل أو معلقه بشرط فلا یطالب الکفیل

ما لم یحل الزمان أو یتحقق الشرط مثلا لو قال. ان لم یعطک فان طلبک فانا کفیل بأدائه، تنعقد الکفاله مشروطه و عند المطالبه ان لم یعطه ذلک الرجل دینه یطالب الکفیل و الا لا یطالب الکفیل قبل المطالبه من الأصیل کذا لو قال: ان سرق فلان مالک فانا ضامن، تصح الکفاله و ان ثبتت سرقه ذلک الرجل یطالب الکفیل، و کذا لو کفل بشرط ان یمهل کذا أیاماً اعتباراً من الوقت الذی یطالب المکفول له و أمهل من وقت المطالبه مقدار تلک الأیام فلمکفول له ان یطالب الکفیل بعد مرور الأیام المذکوره أی وقت شاء، و کذا لو قال: انا کفیل بطلبک الذی یثبت فی ذمه فلان أو بالمبلغ الذی ستقرضه فلانا أو بالشی ء الذی یغصبه فلان و بثمن المال الذی ستبیعه لفلان فلا یطالب الکفیل الا بعد تحقق هذه الأحوال یعنی لا یطالب الکفیل الا بعد ثبوت الطلب و الافراض و تحقق الغصب و وقوع البیع و التسلیم، و کذا لو قال: انا کفیل بإحضار فلان فی

اليوم الفلانى لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم.

أكثر هذه الأمثله المذكوره فى هذه الماده هى من باب ضمان ما لم يجب و المشهور عند فقهائنا بطلانها جميعاً و التحقيق فيها التفصيل فمثل قوله: ان لم يعطك طلبك فانا ضامن، صحيح، و مثل قوله: ان سرق فلان مالك فانا ضامن. أو بالمبلغ الذى ستقرضه فلاناً أو بالشيئ الذى يغصبه فلان و بثمن المال الذى ستبيعه لفلان- كلها باطله و لا اثر لها حتى بعد القبض و الغصب و البيع و السرقه فان لم يكن ثابتاً وقت الضمان لا حقيقه و فعلا و لا اقتضاء و قوه بخلاف الضمان بعد البيع و الضمان على فرض عدم الدفع أو ضمان درك الثمن على فرض ظهور استحقاق المبيع و أمثالها مما يكون الحق بين ما هو ثابت فعلاـ اى حين الضمان و بين ما هو ثابت بالقوه لتحقق مقتضيه و هو البيع المقتضى لضمان الدرك.

[ماده: ۶۳۷] يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف و القيد أيضاً

مثلا- لو قال كلما حكم على فلان فانا كفيل بأدائه و أقر ذلك بكذا دراهم لا يلزم أداء الكفيل ذلك ما لم يلحقه حكم الحاكم.

(ماده: ۶۳۸) فى الكفاله بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل

ما لم يحكم بعد المحاكمه على البائع برد الثمن.

(ماده: ۶۳۹) لا يطالب الكفيل فى الكفاله الموقته إلا فى ظرف مده الكفاله

مثلا- لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل إلا فى ظرف هذا الشهر و بعد مروره يبرأ من الكفاله.

هذا الحكم انما يتم بناء على ان الضـمان ضم ذمه إلى ذمه اما بناء على انه نقل المال من ذمه إلى أخرى بحيث تبرأ الذمه الاولى بمجرد تحقق الضمان فلا يتم بل لا يتحصل له معنى كما هو واضح.

نعم يتصور التوقيت على الطريقه الثانيه بمعنى اسـتحقاق المطالبه و تنجز الحق لا بمعنى انه بعـد مرور المـده يبرء من الكفاله و ان لم يدفع فتدبره.

(ماده: ۶۴۰) ليس للكفيل ان يخرج من الكفاله بعد انعقادها

و لكن له ذلـك قبـل ترتب الـدين فى ذمه المـديون فى الكفـاله المعلقه و المضافه مثلا- كما انه ليس لمن كفل أحـداً عن دينه منجزاً ان يخرج من الكفاله كذلك لو قال: كلما يثبت لك دين فى ذمه فلان فانا كفيله.

تريـد هـذه المـاده بيان حال ان عقـد الكفاله من حيث الجواز و اللزوم و ان هل للكفيل الخروج و التخلى بعـد انعقادها، و تحرير هذه الناحيه ان عقد الضمان من العقود اللازمه من طرف الضامن و المضمون عنه سواء كان بإذنه أو لا.

نعم قـد عرفت قريباً ان المضـمون له إذا كان غير عالم بإعسار الضامن حين الضـمان كان له الفسـخ كما انه لو اشترط الضامن أو المضـمون له أو همـا معاً الخيار صـح على نحو لا يوجب الغرر و الجهاله لعموم أدله الشـروط و المـدار على اليسار الإعسار حال عقد الضمان فلو كان معسراً فى ذلك الحال ثم أيسر لم يسقط الخيار و لو انعكس الأمر لم يكن له خيار.

هذا بعد تحقق الدين و صحه الضمان، اما المذكور فی المتن من الكفاله المعلقه التی هی قبل ترتب الدين فهی باطله عندنا كما عرفت قريباً، و على تقدير صحتها فيلزم الاطراد فی منجزها و معلقها و مضافها و الحكم فی اللزوم فی بعض و الجواز فی آخر تحكم لا وجه له سوى الاستحسان.

و أی فرق فی قوله: كلما يثبت لك دين فی ذمه فلان فانا كفيله بين ان يكون الدين ثابتاً فلا رجوع أو يثبت مؤخرا فيجوز الرجوع فليتدبر.

(ماده: ۶۴۱) من كان كفيلا برد المال المغصوب أو المستعار

و تسليمهما لو سلمهما الى صاحبهما يرجع بأجره نقليتهما على الغاصب و المستعير.

هذا فی صوره الإطلاق اما مع التقييد و الانصراف فلا.

الفصل الثانی فی (بيان حكم الكفاله بالنفس)

(ماده: ۶۴۲) حكم الكفاله بالنفس هو عباره عن إحضار المكفول به أی لأی وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم إحضاره

على الكفيل بطلب المكفول له ذلك الوقت فإن أحضره فيها و الا يجبر على إحضاره.

هـذه العبـاره كما ترى على طولها مختله التركيب متفككه كعباره تركيه أو هنـديه و حق البيان ان يقال: ان الكفاله بالنفس عباره عن التعهـد و الالـتزام بإحضـار إنسـان فى وقت معين أو عنـد طلبه من إنسـان أخر و يحصـل بالإيجـاب من الكفيـل و القبول من المكفول له و يشترط فيه ما يشترط فى غيره من صدورهما من بالغبن رشيدين مختارين غير سفيهين و فى الفلس وجهان يظهران بالتأمل و يعتبر رضا الكفيل و المكفول له قطعاً بل و رضا المكفول على الأحوط بل الأقوى و إذا تم هـذا العقد كان أثره وجوب إحضـار الكفيـل المكفول فى الوقت المعين أو ما عليه من الحق ان أمكن فى المكان المعين أو فى بلـد الكفاله مع الإطلاق و لو امتنع أجيره الحاكم و لو سلم المكفول نفسه أو مات أو أبرئه المكفول له سقطت الكفاله.

هذا موجز ما ينبغى ان يقال فى عقد الكفاله و هنا تفاصيل و بحوث لا يتسع لها المجال.

الفصل الثالث فی (بیان أحکام الکفاله بالمال)

(ماده: ۶۴۳) الکفیل ضامن.

یعنی انه متعهد بدفع المال اما مطلقاً کما هو عندنا أو علی البدل کما هو عندهم.

(ماده: ۶۴۴) الطالب مخیر فی مطالبته

ان شاء طالب الأصیل و ان شاء طالب الکفیل و مطالبته من أحدهما لا یسقط حق مطالبته من الأخر و بعد مطالبته من أحدهما له ان یطالب الآخر و منهما معاً.

فیها من سوء البیان و التکرار الواهن ما یمجه الذوق العربی، و هذا من لوازم الکفاله بالمعنی المعروف عند القوم من کونها عباره عن ضم ذمه إلی اخری، اما بالمعنی الذی عندنا فلا مجال لهذا القول و لا حق له الا بمطالبه الکفیل إما الأصیل فقد برء تماماً، و قوله و منهما معاً- ای علی ان یدفع له أحدهما لا ان یدفعا معاً کما هو واضح.

(ماده: ۶۴۵) لو کفل أحد المبالغ التی لزمت ذمه الکفیل بالمال حسب کفالته

فللدائن ان یطالب من شاء منهما هذا أیضاً من لوازم صحه ترامی الکفاله فلو کفل الکفیل کفیل

آخر کـان للمکفول له مطـالبه من شـاء منهما و هـذا واضـح بعـد البناء علی انها ذمم ینضم بعضـها الی بعض و اللاحق لا یسـقط السـابق، و علیه یتفرع أیضـاً ماده (۶۴۶) المـدیونون من جهه الاـشتراک لو کـان کـل واحـد منهم کفیلا للآخر یطالب کل منهم بمجموع الدین،،، ای للمکفول له مطالبه کل واحد بمجموع الدین فان کل واحد بکفالته قد صیر الدین کله فی ذمته.

(ماده: ۶۴۷) لو کان لدین کفلاء متعدده

فإن کان کل منهم قـد کفل علی حـده یطالب کل منهم بمجموع الدین و ان کانوا قد کفلوا معاً یطالب کل منهم بمقدار حصـته من الـدین و لکن لو کـان قـد کفـل کل منهم المبلغ الـذی لزم فی ذمه الآخر فعلی هـذا الحال یطالب کل منهم بمجموع الـدین مثلاـ- لو کفـل أحـد آخر بـألف ثم کفل ذلک المبلغ غیره أیضاً فللـدائن ان یطالب من شاء منهما، و اما لو کفلا معاً یطالب کل منهمـا بنصف المبلغ المـذکور الاـ ان یکون کـل منهما قـد کفل المبلغ الـذی لزم ذمه الآخر فعلی ذلک الحال یطالب کل منهما بالألف.

هـذه الماده أیضاً مختله البیان مع التطویل و التکریر المخل، و تحریر هـذا البحث ان تعـدد الکفلاء اما ان یکون علی نحو العموم الأفرادی البـدلی نحو جئنی بأی رجل کان، أو علی نحو العموم المجموعی نحو وزع هذه المائه علی هؤلاء العشـره، أو علی نحو العموم الترتیبی مثـل خصال الکفاره المرتبه، و علی النحو الأول یتجه ما ذکرته (المجله) بقولها: فان کان کل منهم قـد کفل علی حده یطالب ای المکفول

له كلا- منهم بمجموع الدين يعنى على سبيل البدل، و على النحو الثانى ينطبق قولها: و ان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كلا منهم بمقدار حصته من الدين اى يتوزع الدين عليهم بالحصص.

و الى هنا كمل بيان القسمين و ما بقى فى هذه الماده تكرار و اعاده لهما مع تطويل ممل و بلا فائده كما هو واضح بأدنى مراجعه، و بقى القسم الثالث لم تشر إليه أصلا و هو العموم الترتيبى و هو ما لو قال كل واحد منهم: انا كفيل لفلان ان لم يدفع هو، أو ان لم يدفع كفيله الى الوقت الفلانى و هكذا و هذا هو الضمان المتسلسل المترتب و قد يدور حتى يرجع الى الأول فتدبر.

(ماده: ۶۴۸) لو اشترط فى الكفاله برأيه الأصيل تنقلب إلى الحواله.

يعنى يشترط الضامن فى الضمان على المضمون له ان يبرء ذمه المضمون عنه الأصيل تبرأ و تنقلب الكفاله حواله لأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه و هذا على مذهب الجماعه واضح و أما على مذهب الأصحاب فهذا الشرط تأكيد لا تأسيس لان طبيعه الكفاله- أى الضمان تقتضى ذلك بذاتها و لو لم يشترط، و لا تنقلب إلى الحواله لأن الحواله عند المشهور لدى فقهائنا تحويل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه أخرى بخلاف الضمان فإنه تحويل إلى ذمه فارغه، و قد مرت الإشاره إلى انتقاد هذا الرأى و سيأتى أيضاً تحقيقه فى الحواله ان شاء اللّه.

و مما ذكرنا تتضح وجهه البحث فى ماده (۶۴۹) الحواله بشرط

عدم برأيه المحيل كفاله بناء عليه إلخ .. فإنه يصح عندهم و يكون كفاله اى ضماناً و لا يصح عندنا لان لازم الحواله برأيه المحيل و لازم الضمان ان يكون الضامن غير مديون.

(ماده: ۶۵۰) لو كفل أحد دين أحد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز

و يجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال و لو تلف المال لا يلزم الكفيل شى ء و لكن لو رد ذلك المودع بعد الكفاله يكون ضامناً.

تطبيق هذا الفرع على القواعد المحكمه، و العقود المقرره المعروفه مشكل و باب الضمان و أخواته من الكفاله و الحواله هو تعهد الذمم على نحو الكلى لا ـ التعهد فى المال المعين الخارجى و يشبه ان يكون توكيلا من المودع للودعى ان بقى دينه من وديعته التى عنده فلو تلفت الوديعه فالدين باق و الكفيل – اى الوكيل – لا شى ء عليه طبعاً الا مع التعدى أو التفريط.

(ماده: ۶۵۱) لو كفل أحد آخر عن نفسه على ان يحضره فى الوقت الفلانى

و ان لم يحضره فى الوقت المذكور فعليه أداء دينه فإذا لم يحضره فى الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين، و إذا توفى الوكيل فان سلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا يترتب على طرف الكفيل شى ء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركه الكفيل و لو حضر الكفيل المكفول به و اختفى المكفول له أو تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلا عوضاً عنه و يستلمه.

تضمنت هذه الماده عده أحكام.

۱-: انه لو كفل ان يحضر نفساً فان لم يحضره فى الوقت المعين دفع ما عليه من الحق و هذا مما لا اشكال فيه عند جمهره فقهاء الإسلام بل لعله من مقتضيات عقد الكفاله و ان لم يشترطه كما سبق، و لكن مع كل هذا الوضوح قد حاول التشكيك فيه البعض بان ذلك ليس من مقتضيات عقد الكفاله بالنفس فلو لم يرض المكفول له الا بإحضار النفس طبقاً لصريح نصها كان له ذلك و لا سبيل إلى إلزامه بقبول المال عن النفس سيما لو كان له غرض بحضور ذات الشخص أو لم يكن هناك حق ثابت بل يريد حضوره للمرافعه معه أو التفاهم أو غير ذلك من من الأغراض الخاصه، و كل ما يقال فى هذا المجال و ان أمكن دفعه و الجواب عنه و لكن الإنصاف ان مثل هذه الحوادث الشخصيه و الخصومات الخصوصيه لا يمكن إعطاء الحكم الكلى لها بل الأسد و الأصوب إرجاعها إلى الحاكم لينظر فى خصوصياتها المقاميه و يحكم بما يقتضيه العدل و الاستنباط النظرى من القواعد الشرعيه المنطبقه على المورد الخاص فتدبره تجده ألمع من نجمه الصباح فى أفق التحقيق.

۲-: إذا توفى الكفيل فان سلمت الورثه المكفول به الى الوقت المعين أو المكفول به ان سلم نفسه من جهه الكفاله لا يترتب على الكفيل شى ء من المال و ان لم يسلم الورثه المكفول به إلخ .. و هذه الجمل تشتمل على أمرين.

الأول-: ان الكفاله حق على الكفيل للمكفول له ينتقل بعد موته فيكون على وارثه فللمكفول له ان يطالبهم بإحضاره.

الثانی-: انهم إذا لم یحضروه أو لم یسلم هو نفسه وجب علی الورثه دفع المال من ترکه مورثهم الکفیل و فی کلا الأمرین مجال للبحث و النظر یرتکز علی ان هذا الحق أو لا- لیس بحق مالی حتی یتعلق بالوارث له أو علیه و ثانیاً لو سلم کونه حقا مالیاً فهو حق خاص متعلق بذات الکفیل کحق القذف و حق القصاص و أمثالها و ملاک القضیه هنا انه ثبت بالدلیل العام ان کل حق مالی للمیت فهو ینتقل بموته الی وارثه و لم یثبت بوجه العموم ان کل حق علیه یکون بموته علی وارثه و الأصل عدم الانتقال الا ما قام علیه الدلیل فی کل مورد بخصوصه.

۳-: و لو احضر الکفیل المکفول به و اختفی المکفول له أو تغیب فلیراجع الکفیل الحاکم لینصب وکیلا عوضاً عنه و یستلمه، لان مثل هذه الأمور العامه مرجعها الی الحاکم العام- و المراد بالأمور العامه ما یبتلی أحیاناً به عامه الناس و لیس لها مرجع خاص یقوم بحل عقدتها فکان من الحکمه و حفظ النظام جعل مرجع لتمشیتها و هو الحاکم.

نعم یمکن ان یقال هنا انه لا- یلزم الرجوع الی الحاکم بل یشهد الکفیل شاهدین عدلین علی انه أحضره فی الوقت المعین و یسقط بذلک حق المکفول له المتغیب فلیتدبر.

(ماده: ۶۵۲) إذا کان الدین معجلا علی الأصیل فی الکفاله المطلقه

ففی حق الکفیل أیضاً یثبت معجلا و ان کان مؤجلا یثبت مؤجلا. و مثلها ماده (۶۵۳) و قد رجع بهما إلی أحکام کفاله المال و لا شک ان ضمان الدین مع

الإطلاـق ينطبق على وصف الـدين من سـائر جهـاته و خصوصـياته فـان كان معجلا وجب على الضامن دفعه كـذلك، و ان كان مؤجلاـ بقى على الضـامن بهـذا الوصف، نعم يصـح ضـمان المؤجـل حالا و الحال مؤجلا حسب الشـرط كما يصـح فى المؤجل تـأجيله إلى أجل آخر. كما فى ماده (۶۵۴) كما تصـح الكفاله مؤجله بالمـده المعلومه التى أجل بها الدين كذلك تصح مؤجله بأزيد من تلك المده.

[ماده: ۶۵۵] لو أجل الدائن طلبه فى حق الأصيل يكون مؤجلا فى حق الكفيل و كفيل الكفيل أيضاً

و التأجيل فى حق الكفيل الأول تأجيل فى حق الكفيل الثانى أيضاً و اما تأجيله فى حق الكفيل فليس بتأجيل حق الأصيل.

و ذلك واضـح لأن الأصـيل هو الأصل و الكفيل تابع و التابع فرع و الفرع يتبع الأصل و الأصل لا يتبع الفرع و لـذا لا يتم هذا الا على معنى الضـمان بمعنى الضم، اما بناء على معنى النقل و التحويل فلا يأتى شى ء من ذلك ضروره أن الفرع قد انقلب أصلا و لم يبق له بعد براءه ذمته أى علاقه له مع غريمه فلا معنى لتأجيله و عدمه فى حق الكفيل و لا كفيل الكفيل.

نعم يبقى الكلاـم فى ان تأجيل الـدين فى حق الكفيل على الرأى الأول كيف يتصور مع عـدم سـرايته إلى الأصـيل مع ان الـدين واحـد؟ و توجيه ذلك يمكن ان يكون بتصوير ان ذمه الأصـيل هى المشـغوله بالدين حقيقه و ليس على الكفيل الا حق المطالبه فإذا تأجل أصل الدين تأجلت المطالبه طبعاً اما لو تأجلت المطالبه كما لو أجل الكفيل فالدين باق على حاله من

تعجیل أو تأجیل، و تأجیل الکفیل أقصی أثره انه لا یطالب هو بالدین و لا ینافی ذلک ان غیره یطالب به فتدبره جیداً فإنه یحتاج الی لطف قریحه.

(ماده: ۶۵۶) المدیون مؤجلا لو أراد الذهاب الی دیار اخری

و راجع الدائن الحاکم و طلب کفیلا یکون مجبوراً علی إعطاء الکفیل.

فی هذه الماده إجمال و إبهام و تحریر هذا البحث ان المدیون لو أراد السفر من بلاد فیها دائنه فالدین لا یخلو اما ان یکون حالا أو مؤجلا فإن کان حالا فقد وجب علیه دفعه ان کان ملیاً فان طالبه الدائن و لم یدفع مع عدم العذر الشرعی کان للدائن أن یرفع امره الی الحاکم کی یمنعه من السفر حتی یؤدی دینه، بل لا یبعد انه لو یسافر و الحال هکذا کان سفره معصیه لا یجوز فیه التقصیر.

و (بالجمله) لا یجوز له السفر الا بإرضاء دائنه بالدفع أو بالکفیل أو بغیرهما، اما لو کان الدین مؤجلا فلیس له حق المطالبه بالدین و لا بالکفیل و لا بغیره، فإطلاق (المجله) انه یکون مجبوراً علی إعطاء الکفیل غیر سدید، اللهم الا ان یکون رأیهم- و لو استحسانا- ان له ذلک حتی مع عدم حلول أجل الدین مخافه ان یحل الأجل و هو مسافر فیتأخر أداء الحق فلیتأمل.

و لعل ما ینسب إلی الحنفیه من عدم الحق للدائن أن یحبس المدیون عن السفر إلا فی نفقه الزوجه ناظر الی الدین قبل حلول اجله و یبقی الاستثناء علی ظاهره متصلا، و وجهه ان نفقه الزوجه بالنسبه إلی الأیام المستقبله

و ان كانت من قبيل المؤجل و لكن لقرب اجله و حاجه الزوجه إليه فى الغالب و أهميته يكون كالحال بل أشد منه فليتدبر.

(ماده: ۶۵۷) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى الذى هو لفلان

فبعد ان كفل و أدى عوضاً عن الدين بحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيئ الذى كفله و لا اعتبار للمؤدى، و اما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح و ليس له الرجوع بمجموع الدين مثلا- لو كفل بالمسكوكات الخالصه و ادى مغشوشه يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصه و بالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشه وادى خالصه يأخذ من الأصيل مغشوشه كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذى كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً وادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه.

هذه أيضاً من مهمات مسائل الضمان و هى مسأله رجوع الضامن على المضمون عنه و متى يرجع و بأى مقدار يرجع عليه؟ و تحرير هذا المقام على وجه الإيضاح و الاختصار ان الضامن لا يستحق الرجوع على المضمون الا بشرطين.

(الأول) ان يكون الضمان باذنه كما أشارت إليه (المجله) لو قال أحد لآخر اكفلنى عن دينى فلو كفل من غير اذنه لم يستحق الرجوع عليه لانه متبرع، نعم يبقى الكلام فيما لو كفله بغير اذنه و اطلع هو و لم يصرح بالرضا و الاذن و لم يمنع فهل السكوب من الرضا أو الأصل برأيه

ذمته من الحق؟ المسأله مشكله تحتاج إلى التأمل.

(الثانی) انه لا یستحق الرجوع الا بعد الأداء فلا حق له بمطالبته المضمون عنه قبل ان یدفع الحق للمضمون له سواء کان الدین حالا أو مؤجلا کلیاً أو جزئیاً.

ثم بعد تحقق الشرطین یستحق الرجوع و لکن بمقدار ما دفع لا بمقدار ما ضمن فلو صالح الضامن المضمون له بأقل من دینه لم یستحق الا مقدار الصلح لا بأصل الدین فلو صالحه عن الألف بخمسمائه لا یأخذ منه الا الخمسمائه و هذا الحکم ثبت بالدلیل الخاص علی خلاف القاعده و الا فإن ذمه المضمون عنه حسب الفرض قد اشتغلت للضامن بمقدار الدین کما ان ذمه الضامن قد اشتغلت للمضمون له بذلک و الصلح أو الإبراء بین الضامن و المضمون معامله أخری جدیده بینهما لا علاقه لها بقضیه الضمان.

و «بالجمله» فبعد ان اشتغلت ذمه المضمون عنه للضامن بالمقدار المعین بعقد الضمان کیف ینقلب الی البعض بالصلح بین الضامن و المضمون له و هی معامله أخری أجنبیه فلا بد من الالتزام بأن الذمه و ان اشتغلت بالمقدار و لکن لا یستقر و لا یلزم الا بالأداء فیستقر ما یؤدی و یسقط ما عداه و قبل الأداء یبقی مراعی و لیس هذا بعزیز النظیر و ان کان مخالفاً للقاعده فإن المهر تشتغل به ذمه الزوج و یبقی مراعی بالدخول فیلزم الجمیع أو الطلاق أو الموت قبله فیسقط النصف فلا محیص من المصیر الیه بعد ورود الدلیل، و یتفرع علی المراعاه سقوطه عن المضمون

عنه اجمع لو أبرأ المضمون له الضامن من أصل الدين و هو أيضاً مخالف للقاعده و لذا لو وهبه أو ورثه أو باعه بأقل لا يتسرى الحكم المزبور لانه على خلاف القاعده فنقتصر على مورده الخاص و هو ما إذا صالحه عنه ببعضه، اما لو صالح عنه أو باعه بعين هى أقل قيمه فلا فضلا عن الهبه و الإرث كما انه لا يجرى فى الحواله و هو المراد من قول (المجله) كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم و أداها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذى كفله من الدراهم و لكن لو كفل ألفاً وادى خمسمائه صلحاً يأخذ من الأصيل خمسمائه، ا ه.

و تأتى هنا شبهه الربا فليتأمل.

(ماده: ۶۵۸) لو أغفل أحد آخر فى ضمن عقد المعاوضه يضمن ضرره

مثلا- لو باع أحد لآخر عرصه و بعد إنشاء بناء فيها لو ظهر لها مستحق و ضبطها فللمشترى أن يأخذ قيمه البناء حين التسليم ما عدا أخذ قيمه العرصه كذلك لو قال أحد لأهل السوق: هذا الصغير ولدى بيعوه بضاعه فانى آذنته للتجاره ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبى ولد غيره فلأهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعه التى باعوها للصبى.

هذه القضيه أجنبيه عن (كتاب الضمان) الذى هو بمعنى ضم ذمه إلى ذمه أو تحويله من ذمه إلى أخرى و انما هو هنا بمعنى الخساره و الغرامه أو التدارك و هما و ان كانا يرجعان إلى أصل واحد و لكن الاحكام تختلف باختلاف الخصوصيات فضلا عن الفصول، و سبب الضمان أى الغرامه هنا قاعده الغرور (المغرور يرجع على من غره) و أهل السوق

و ان كـان لهم حق الرجوع على من غرهم لو أتلف الصبى أموالهم و لكن قرار الضـمان على الصبى المتلف بقاعـده (من أتلف) يؤخذ منه بعد بلوغه.

(الباب الثالث) فی «البراءه من الکفاله

اشاره

و یحتوی علی ثلاثه فصول»

الفصل الأول فی بیان الضوابط العمومیه

(ماده: ۶۵۹) لو سلم المکفول به من طرف الأصیل أو الکفیل الی المکفول له یبرء الکفیل من الکفاله.

(ماده: ۶۶۰) لو قال المکفول له أبرأت الکفیل أو لیس لی عند الکفیل شی ء یبرأ الکفیل.

(ماده: ۶۶۱) لا تلزم برأیه الأصیل ببراءه الکفیل.

(ماده: ۶۶۲) برأیه الأصیل توجب برأیه الکفیل.

هـذه المواد مع وضوحها قـد تقـدم أكثرهـا، و اتضـحت مـداركها، و ان برأيه الأصـل تسـتلزم برأيه الفرع دون العكس، و ذلك محصل هذه المواد الأربع.

الفصل الثانی فی البراءه من الکفاله بالنفس

(ماده: ۶۶۳) لو سلم الکفیل المکفول به فی محل یمکن فیه المخاصمه

کالمصر أو القصبه إلی المکفول له یبرء الکفیل من الکفاله سواء قبل المکفول له أو لم یقبل و لو کفل علی ان یسلمه فی مجلس الحاکم و سلمه فی الزقاق لا یبرأ من الکفاله و لکن لو سلمه بحضور ضابط یبرأ.

العباره کما یتذوقها صاحب الذوق السلیم العربی- مشوهه الخلقه و الترکیب، و حاصلها ان محل تسلیم الکفیل المکفول للمکفول له مع الإطلاق- بلد أو قصبه یمکن فیه المخاصمه لوجود حاکم أو محکمه أو حکومه أو ما أشبه ذلک فلو سلمه فی بلد هی کذلک برء، أما مع اشتراط تسلیمه فی بلده معینه فلا یبرء حتی یسلمه فیها أو فی مجلس الحاکم أو غیره حسب الشرط، و الأصح انه مع الشرط هو المتبع و مع الإطلاق فالبلده التی وقع عقد الکفاله فیها سواء کان فیها حکومه أو حاکم أم لا.

(ماده: ۶۶۴) یبرء الکفیل بمجرد تسلیم المکفول به بطلب المطالب،

اما لو سلمه بدون الطلب فلا یبرء ما لم یقل: سلمته بحکم الکفاله.

هذا حکم أشل بل تحکم محض فان الکفیل لا یلزمه أکثر من

تسليمه المكفول للمكفول له فى الوقت المعين و الزمن المخصوص ان شرط شـى ء منهما فى العقـد و لا اثر للطلب وجوداً و لا عدما الا مع الشـرط أيضاً كما لا اثر لقول انه سلمه بحكم الكفاله، و أغرب من هذا ما فى ماده (۶۶۵) لو كفل على ان يسلمه فى اليوم الفلانى و سـلمه قبـل ذلـک اليوم يبرء من الكفاله و ان لم يقبل المكفول له،،، و ما أبعـد ما بين المادتين فالأولى جعلت ما ليس بمشـروط شـرطاً و الثانيه جعلت الشرط كغير المشروط، و ما ادرى كيف صار هذا الشرط لغواً مع انه شرط سائغ و قد يتعلق به غرض عقلائى و يكون له فائده مهمه بإحضاره فى اليوم المعين فلو أحضره فى غير ذلك اليوم لم يحصل غرضه؟

و كيف يلزم به مع عدم قبوله؟ و هذا واضح جداً.

(ماده: ۶۶۶) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفاله

كـذلک يبرأ كفيـل الكفيـل، كـذلک لو توفى الكفيل كما برء هو من لكفاله كـذلک يبرأ كفيله أيضاً و لكن لا يبرأ الكفيل من الكفاله بوفاه المكفول له و يطالب وارثه.

موت المكفول يوجب بطلان الكفاله لزوال الموضوع فيبرأ الكفيل و كفيل الكفيل، و هكذا موت الكفيل فان زواله يوجب زوال ذمته و تعهده و ليس هو حق مالى مباشره حتى ينتقل كالدين على ورثته أو على تركته.

نعم لو مات المكفول له بقى الحق على الكفيل ان يسلمه الى ورثته فإنه حق مورثهم فينتقل الى ورثته بموته.

الفصل الثالث فی «البراءه من الکفاله بالمال»

(ماده: ۶۶۷) لو توفی الدائن و کانت الوارثه منحصره فی المدیون یبرء الکفیل من الکفاله.

و هذا أیضاً من قبیل زوال الموضوع أو بحکم وصول الحق فلا موضوع للکفاله، اما لو کان له وارث آخر غیر مدیون لم یبرء من حصه الوارث الآخر الغیر مدیون و هو واضح.

(ماده: ۶۶۸) لو صالح الکفیل أو الأصیل الدائن علی مقدار من الدین یبرآن

اشترطت برائتهما أو برأیه الأصیل فقط أو لم یشترط شی ء و ان اشترطت برأیه الکفیل فقط یبرء الکفیل فقط و یکون الطالب مخیراً ان شاء أخذ مجموع دینه من الأصیل و ان شاء أخذ بدل الصلح من الکفیل و الباقی من الأصیل.

الکفاله- أی الضمان- و ان جعلناه کما عند القوم ضم ذمه إلی ذمه، و لکن الأصل فیه هو الأصیل أی المدیون المضمون عنه و الکفیل فرع له فلو أن الدائن أبرأ الأصیل أو صالحه أو أمهله سری کل ذلک الی الفرع- ای الکفیل الضامن- بمعنی انه إذا أبرأ الدائن ذمه

المضـمون عنه (المـدين) برئت قهراً ذمه الكفيل لسـقوط الدين و زوال الموضوع، و كذا لو صالحه على مقدار منه يبرآن معاً من الزائـد عن مال المصالحه، و هـذا يترتب قهراً سواء اشترطا برائتهما أو لم يشترطا فان هـذا من اللوازم القهريه للإبراء و الاسـقاط و الصلح، نعم لو أبرأ الكفيل فقط لم يبرء الأصيل لما عرفت من ان الأصل لا يتبع الفرع و برأيه الكفيل لا تستلزم برأيه الأصيل، فلو صالح الدائن الكفيل على مقدار أخذه و طالب الأصيل بالباقى أو أخذ الجميع منه لان ذمته فى الأصل هى المشغوله.

[ماده: ۶۶۹] لو أحال الكفيل المكفول له على أحد و قبل المكفول له و المحال عليه يبرء الكفيل و المكفول عنه أيضاً.

يعنى يبرء الأصيل و الكفيل لان تحويله مع قبوله بحكم الأداء كما سيأتى فى باب الحواله إن شاء اللّه.

(ماده: ۶۷۰) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

لانه حق مالى كالدين فإذا بطلت ذمه الكفيل بالموت انتقل الحق و صار فى أمواله كسائر الديون.

(ماده: ۶۷۱) الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ البيع أو ضبط المبيع بالاستحقاق أو رد بعيب يبرء من الكفاله.

كل ذلك لسقوط الحق المضمون فتسقط كفالته و التعهد به.

(ماده: ۶۷۲) لو استؤجر مال الى تمام مده معلومه

و كفل أحد

بدل الإجاره التی سمیت تنتهی کفالفته عند انقضاء مده الإجاره.

هـذا مع الإطلاـق و بنـاء علی ان اسـتحقاق الأـجره یکون عنـد انتهـاء المـده و الاـ فیتبع الشـرط و مع الإطلاق فعنـد تسـلیم العین المستأجره فتدبره جیداً.

و اما قوله: فان انعقـدت اجاره جدیـده بعد ذلک علی ذلک المال- لا تکون الإجاره شامله لهذا العقد- فهو مسـتدرک واضح لا حاجه الی بیانه.

الکتاب الرابع فی الحواله

اشاره

و یشتمل علی مقدمه و بابین

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه فی بیان الاصطلاحات الفقهیه المتعلقه بالحواله

اشاره

(ماده: ۶۷۳)

الحواله:

نقل الدين من ذمه إلى ذمه أخرى.

بعد ان كان الضمان عندهم ضم ذمه إلى أخرى يتجه تعريف الحواله بالتعبير المزبور، و أوضح منه تعبير بعضهم: بأنها نقل الدين من ذمه إلى أخرى بدين مماثل له، اما بناء على ان الضمان هو نقل المال من ذمه إلى ذمه كما هو عند الإماميه فقد قيدوا الحواله للفرق بينها و بين الضمان بأنها تحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله- أو تحويل المديون دائنه على مديونه، و ان أجزنا الحواله على البرى قلت: احاله المديون دائنه على غيره.

و «تحریر هذا البحث» القائم علی وجه یتضح به فلق الحق و التحقیق- انه کما ان الضـمان أو الکفاله باصطلاحهم کان یبتنی علی أربعه أرکـان- الضـامن، و المضـمون له، و المضـمون عنه، و المـال المضـمون- فکـذلک الحواله تبتنی علی مثلهـا- المحیـل، و المحـال علیه، و المحـال، و الحق المحـال به- فالمحـال علیه فی بـاب الحواله یوازی الضـامن فی بـاب الضـمان سوی ان الضامن عندهم- کما عرفت سابقاً- یلزم ان یکون غیر مشـغول الذمه بما یضـمنه بخلاف المحال علیه حیث یلزم ان یکون مشـغول الذمه بما أحیل علیه، و جعلوا هذا هو الفرق بین الضـمان و الحواله بعد تساویهما فی نقل المال من ذمه إلی أخری و لکن فی الضـمان إلی ذمه بریئه و فی الحواله إلی ذمه مشـغوله، و قد سـبقت الإشاره إلی الخدشه فی هذا الفرق و ان الضـمان و الحواله متباینان أو متغایران من حیث الجوهر و الـذات و الفرق بینهما بالنحو المذکور عند الأصـحاب یشـبه ان یکون من قبیل التعلیل بالعرضـی مع وجود الـذاتی فـإن حقیقه الضـمان تعهـد و التزام ای جعـل الإنسان سـلطنه علی نفسه سواء کان مشـغول الـذمه أو بریئا، و حقیقه الحواله إزاله السـلطنه عن نفسه و جعل سـلطنه لغیره علی غیره سواء کان أیضاً مشغول الذمه أو بریئاً و علی مشغول الذمه أو بری ء، فالقضـیه لیست قضـیه اشتغال أو برأیه و ان کان الغالب فی الضمان البراءه و فی الحواله الاشتغال، بل قضیه الفرق بین العقدین ترجع الی جوهر الحقیقـتین و ان اتفقـا فی أکثر الأـثر، و علی کـل حـال ففی التعریفـات المزبوره للضـمان أو للحواله تسامحـات واضحه، و یهون

الأمر ان الغرض منها الإشاره إلى الشى ء من بعض وجوهه لا الإشاره إليه من حيث حقيقته و كنهه أو كل وجوهه فليتدبر.

اما المواد من (۶۷۴) إلى (۶۷۷) فهى واضحه لا يتماسك عليها اى تعليق.

(ماده: ۶۷۸)

الحواله المقيده:

هى التى قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذى هو فى ذمه المحال عليه أو فى يده.

بنـاء على تعريفهم الحواله بأنهـا نقـل المـال من ذمه إلى أخرى يخرج منهـا التحويل على مال المحيل الخارجى الـذى هو فى يد المحـال عليه بـل هو فى الحقيقه ليس له أى علاقه بالحواله و انما هو وكاله على الـدفع و التسـليم لا نقل مال من ذمه إلى أخرى كما هو واضح.

و اما ماده (۶۷۹)

الحواله المطلقه:

هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحال عليه.

هـذا مبنى على جواز الحواله على البرى، و تحرير البحث ان المحـال عليه امـا ان يكون مشـغول الـذمه للمحيـل أولا، و الثانى هو الحواله على البرى و الأـول امـا ان يحيـل على ذلـك المـال الـذى له فى ذمه المحال عليه أو بمال آخر مغاير، و الأول هو القـدر المتيقن و المتعـارف من الحواله، و الثانى اما ان يكون الملحوظ بالمال المحول المال الـذى له فى ذمه المحال عليه أولا و الأول كمـا لو قـال: أحلتـك عليه بعشـره دراهم من الـدنانير التى لى عليه، و يظهر من بعض اساتيـذنا بطلانها و الأصـح الصـحه فيكون كوفاء الدين بغير الجنس كما لو كان له دنانير فوفاه بدراهم فإنه يكون كمعامله ضمينه

مطويه يعنى انه باعه الدراهم بالدنانير التى فى ذمته، و كذا فى المقام فإنه استبدل الدينار أو الدينارين بعشره دراهم و أحال عليها و رضـى الثلاثه بـذلك فما المانع من صـحته؟ اما لو أحال عليه بمال أخر من دون نظر الى المال الـذى له بـذمته فيكون كل من المحيل و المحال عليه مشـغول الذمه لصاحبه فيتحاسـبان فاما التهاتر أو يرد كل واحد منهما الزائد للآخر، و لو أحال عليه بمثل ما عليه جنساً و قدراً من دون نظر الى ما فى ذمته فالتهاتر قهراً.

(الباب الأول) فی بیان عقد الکفاله

اشاره

و یتسم الی فصلین

الفصل الأول (فی بیان رکن الحواله)

(ماده: ۶۸۰) لو قال المحیل لدائنه: حولتک علی فلان، و قبل الدائن تنعقد الحواله.

المراد بهـذا بیان ان الحواله عقـد یترکب من إیجاب المحیل بلفظ- حولتک- و قبول المحال و هو دائن المحیل و یکفی هذا فی انعقـاد الحواله و کأنها تشـیر الی عـدم اعتبار رضا المحال علیه و هو أحـد الأقوال فی المسأله عنـدنا و لکن المشـهور عنـد فقهاء الإمامیه اعتبار رضا الثلاثه بل قیل انه یعتبر قبول المحال علیه مع قبول المحال فیترکب العقد من إیجاب

و قبولین، و المتحصل من الأقوال هنا أربعه.

۱-: اعتبار رضا الثلاثه بالإیجاب من المحیل و القبول من المحال و رضا المحال علیه و لعله المشهور.

۲-: الإیجاب من المحیل و القبول من الآخرین.

۳-: إیجاب المحیل و قبول المحال و عدم اعتبار رضا الثالث و لا قبوله، و هو ظاهر هذه الماده.

۴-: کفایه إیجاب المحال له و المحال علیه و عدم التوقف علی رضا المحیل أو قبوله کما هو صریح الماده اللاحقه.

هـذا کله بنـاء علی کون الحواله عقـداً بل من العقود اللازمه و الظاهر اتفاق جمیع المـذاهب علی ذلک و لکن خالف فیه سیدنا الأستاذ قدس سره فی عروته و جعلها هی و الضمان و الوکاله و الجعاله إیقاعات لا عقوداً فقال فی (کتاب الحواله) ما نصه:

و لکن الـذی یقوی عنـدی انها من الإیقاع غایه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال علیه، و هـذا لا یصـیره عقداً و ذلک لأنها نوع من وفاء الدین و ان کانت توجب انتقال الدین من ذمته إلی ذمه المحال علیه فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا یکون عقـداً و ان احتاج الی الرضا من الآخر کما فی الوفاء بغیر الجنس فإنه یعتبر فیه رضاء الـدائن و مع ذلک هو إیقاع، و من ذلک یظهر ان الضـمان أیضاً من الإیقاع فإنه نوع من الوفاء و علی هذا فلا یعتبر فیهما شـی ء مما یعتبر فی العقود اللازمه و یتحققان بالکتابه و نحوها، بل یمکن دعوی ان الوکاله

أيضاً كـذلك كما ان الجعاله كـذلك و ان كان يعتبر فيهما الرضا من الطرف الآخر الا ترى انه لا فرق بين ان يقول: أنت مأذون فى بيع دارى أو قال: أنت وكيل، مع ان الأول من الإيقاع قطعاً، ا ه.

و فى هذا الكلام مواقع للنظر بارزه، و مخالفات للقواعد جاهزه، و بيان ذلك يستدعى تمهيد مقدمه و هى ان الضابطه التى يمتاز بها العقود عن الإيقاعات و هى: ان كل معامله أو عمل ذى أثر شرعى ان توقف ترتب أثره عليه على طرفين فهو عقد و ان كفى طرف واحد فهو إيقاع فالبيع و الإجاره و نحوهما عقود لان أثرها و هو ملكيه الثمن للبائع و المبيع للمشترى لا يتحقق إلا بطرفين و هما المشترى و البائع- اما العتق و الطلاق فلما كان ترتب الأثر من كل منهما لا يتوقف على طرفين بل يكفى فى حصوله طرف واحد فيترتب الأثر قهراً رضى الآخر أم لا، جعلنا كل واحد منهما إيقاعاً.

و على هـذه الضـابطه فالضـمان و الحواله و الوكاله لما كان بالضـروره و الإجماع لا يكفى فى حصول آثارها- و هو انتقال المال من ذمه إلى ذمه بعمـل واحـد بل لا بـدّ من رضا الاثنين أو الثلاثه فهى عقـد لا محاله، و ليت السـيد رحمه اللّه جاءنا بضابطه غير هذه حتى نجعلها معياراً للفرق و التمييز و نحكم بموجبها على تلك المعاملات- هى عقود أم إيقاعات؟

إذا اتضح هذا نقول:

أولا- ان جعل الحواله نوعاً من وفاء الدين ممنوع صـغرى و كبرى ضـروره ان حقيقه الحواله انتقال الحق من ذمه إلى أخرى كما عرفت،

و حقيقه وفاء الدين استيفاء الحق لا نقله و وفاء الدين معامله بين الدائن و المدين و الحواله بينهما و بين أجنبى ثالث بينهما ثم لو سلم انها من وفاء الدين فقد ينفرد بعض الأنواع عن بعض بحكم أو أحكام و كون بعض الوفاء إيقاعاً لا يستلزم ان يكون كل وفاء كذلك الا ترى انه لو باع المديون لدائنه طعاماً مثلًا أو غيره بالدين الذى عليه و دفعه له كان وفاءً لدينه و لكنه بنحو البيع و العقد لا بنحو الإيقاع.

ثانياً-: ان جعل الوفاء من الإيقاع أيضاً مما لا محصل له فإنه على التحقيق لا عقد و لا إيقاع بل هو عمل واجب و حق لازم الأداء، نعم أصل القرض عقد و لكن الوفاء من توابعه و آثاره كوجوب دفع العين المبيعه بعد البيع الذى هو من آثار العقد و ليس هو عقد و لا إيقاع.

ثالثاً-: ان جعل النقل و الانتقال من الوفاء واضح الضعف فان الوفاء عمل المكلف و النقل و الانتقال أثر توليدى للعقد يترتب عليه قهراً.

رابعاً-: ان الوفاء بغير الجنس- عند تدقيق النظر فيه- ليس إلا معامله ضمنيه، و عقد مطوى، و الا فكيف يعقل ان يكون الطعام مثلا وفاء للدراهم أو بالعكس مع ان الوفاء يلزم ان يكون بالمثل فلا بد ان يكون هناك مبادله بين المالين برضا صاحبى الحقين؟

خامساً-: لو سلمنا ان هذه المعاملات إيقاعات فان الإيقاع أيضاً له صيغه خاصه لا يترتب الأثر المطلوب الا بها كالطلاق و العتق و غيرهما، و الظاهر اتفاق الأصحاب على ان الإيقاع كالعقد لا يتحقق بالكتابه

و لا الإشاره الا من الأخرس الذى لا يستطيع الكلام.

و [بالجمله] فجعل الضمان و الحواله من الإيقاع و هم و دعوى تحققهما بالكتابه و هم فى وهم.

سادساً-: ان دعوى عدم الفرق بين ما لو قال أنت مأذون ببيع دارى أو قال أنت وكيل فى بيعها مع ان الأول من الإيقاع قطعاً- غريبه جداً أما (أولا) فإن الإذن ببيع الدار أو غيرها ليس عقداً و لا إيقاعاً بل هو رخصه و إباحه بخلاف الوكاله فإنها عقد يتوقف على طرفين و الفرق بينهما جلى ألا- ترى انه لو اذن له و المأذون رد و لم يقبل ثم باع كان البيع صحيحاً اما لو وكله ورد ثم باع كان بيعه باطلا فسنخ الأول سنخ الحكم و سنخ الثانى سنخ الحق و ما أبعد البون بينهما و (ثانياً) لو سلم التساوى بينهما و عدم الفرق و لكن تساويهما فى جهه لا يوجب تساويهما فى جميع الجهات أ لا ترى ان هبه الدين و الإبراء سواء و ان كان الأول عقداً اتفاقاً من القائلين بصحته و الثانى إيقاعاً بلا ريب، فتدبر هذه النتف فإنها من الطرف و باللّه التوفيق.

(ماده: ۶۸۱) يصح عقد الحواله بين المحال له و المحال عليه وحدهما،

مثلا- لو قال أحد لآخر: خذ مالى على فلان من الدين و قدره كذا قرشاً حواله عليك، فقال له الآخر: قبلت، أو قال له: اقبل الدين الذى لك بذمه فلان و قدره كذا قرشاً حواله على، فقبل تصح الحواله حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لا تفيد ندامته.

يعنى يكون المحال هو المحيل كما فى المثال الأول أو المحال عليه كما فى

المثال الثانی فیتقوم العقد من اثنین فقط، و هذا کلام غیر موضح و لا منقح فان المحال علیه فی المثالین ان کان عنده مال للغائب المدیون فلا یصح أن یدفع حقه لدائنه الا برضاه و بعباره اجلی لا تبرأ ذمه المحال علیه من حق غریمه الا برضاه و تحویله و لا اثر لتحویل دائنه بغیر علمه و رضاه کما هو واضح و ان لم یکن عنده مال له بل کان بقبوله متبرعاً فهو و ان صح بدون علم الغائب و رضاه و لکنه خارج عن باب الحواله و یدخل فی باب الضمان سواء جعلناه ضم ذمه إلی ذمه أو نقل حق من ذمه إلی أخری، و حینئذ فالمثالان إما حواله باطله أو ضمان صحیح، و قد اعتبرت ماده (۶۸۲) علم المحال علیه و رضاه حیث تقول: الحواله التی أجریت بین المحیل و المحال له وحدهما إذا أخبر بها المحال علیه فقبلها صحت و تمت مثلا- لو أحال أحد دائنه علی آخر و هو فی دیار اخری فبعد اعلام المحال علیه ان قبلها تتم الحواله اعتبرت ماده (۶۸۳) علم المحال و رضاه إذ تقول الحواله التی أجریت بین المحیل و المحال علیه تنعقد موقوفه علی قبول المحال له مثلا- لو قال أحد لآخر: خذ علیک حواله دینی الذی بذمتی لفلان و قبل المحال علیه ذلک تنعقد الحواله موقوفه فإذا قبلها المحال له تنعقد.

(الفصل الثانی) (فی بیان شرط الحواله)

اشاره

عرفت ان الحواله کالضـمان تقوم علی خمسه أرکان- المحیل، و المحال، و المحال علیه، و الحق المحال، و الصیغه أی الإیجاب و القبول- و أشـارت (المجله) إلیهما فی أول الفصل المتقـدم و لا یلزم ان یکون الإیجاب من ماده الحواله و مشـتقاتها بل یکفی کـل مـا دل علیها دلاله صـریحه مثل- خـذ حقک علی من فلان، أو جعلت دینک علی علی فلان و ما أشـبه ذلک، و یکفی فی القبول کمـا دل علی الرضا مثل قبلت و رضـیت و نحوهما، ثم تعرضت لشـرائط المحیل و المحال بماده (۶۸۴) یشترط فی انعقاد الحواله کون المحیـل و المحـال له عـاقلین، و اشتراط العقل فی الثلاثه مما لا ریب فیه عنـد الجمیع، و کـذلک اشتراط البلوغ فی الثلاثه أیضاً عند الإمامیه، أما (المجله) فقد جعلته شرطاً فی المحال علیه فقط و اکتفت بالتمییز فیما عداه و انه یصح حواله الصبی الممیز و تحویله و لکن لا ینفذ شی ء منهما إلا بإذن ولیه، اما التحویل علیه فلا یصح و المستفاد من مجموع مادتی (۶۸۴ و ۶۸۵) عـدم الصـحه مطلقاً یعنی حتی مع اذن الولی و هو تحکم واضح، أما الملائه فلیست شـرطاً عندنا فی صـحه الحواله، نعم لو أحاله علی معسر فقبل و هو غیر عالم بإعساره عند القبول

کان له الخیار بعد العلم بین فسخ الحواله أو إمضائها.

(ماده: ۶۸۶) لا یشترط ان یکون المحال علیه مدیوناً للمحیل فتصح حوالته و ان لم یکن للمحیل دین علی المحال علیه.

یرید بهذا صحه الحواله علی البری و قد عرفت ان المشهور عند أصحابنا اعتبار کونه مشغول الذمه فرقاً بینها و بین الضمان و وافقهم علی ذلک عموم الشافعیه و الا کانت من أداء الدین تبرعاً، و قد سبق تحقیق القول فی هذا الموضوع فراجع.

(ماده: ۶۸۷) کل دین لا تصح الکفاله به لا تصح الحواله به.

لعلهم یریدون بهذه القاعده ان مالا یصح ضمانه و کفالته کالدیون الغیر الثابته فعلا مثل ما لو قال له: استقرض و علی ضمان قرضک أو ما تحقق سببه کنفقه الزوجه و أمثال ذلک أو الدیون التی لا تلزم شرعاً کثمن الخمر و الخنزیر فی الذمه فإن جمیع هذه الأموال لا یصح ضمانها فلا تصح حوالتها.

اما طرد هذه الماده و هی ماده (۶۸۸) کل دین تصح به الکفاله تصح حوالته أیضاً فلا یخرج منها الا الدین المجهول مقداره أو صاحبه فإنه یجوز ضمانه و لکن لا یجوز حوالته فان الدین فی الحواله یلزم ان یکون ثابتاً قاراً معلوم الجنس و المقدار و الصاحب کما صرحت به فی قولها: لکن یلزم ان یکون المحال به معلوماً فلا تصح حواله الدین المجهول مثلا- لو قال:

قبلت دینک الذی یثبت علی فلان لا تصح الحواله.

(ماده: ۶۸۹) کما تصح حواله الدیون المترتبه فی الذمه أصاله کذلک تصح حواله الدیون التی تترتب فی الذمه من جهتی الکفاله و الحواله.

يعنى كما تصح الديون المرتبه فى ذمتك أصاله من غير جهه الحواله فتحيل بكل دين منها على شخص كذلك يصح ان تحول ما لزم ذمتك ذمته بالحواله أو بالضـمان و الكفاله فإذا أحال عليك دائنك تحيل محاله على مديونك و هو يحيله على مديونه و هكذا فيترامى الضمان و الحواله و يتسلسل فيعود أو يدور.

(الباب الثانی) فی بیان أحکام الحواله

(ماده: ۶۹۰) حکم الحواله هو کون المحیل و کفیله من الکفاله

ان کـان له کفیـل و یثبت للمحال له حق مطالبه ذلک الـدین من المحال علیه و إذا أحال المرتهن أحـدا علی الراهن فلا یبقی له حق حبس الرهن و لا صلاحیه توقیفه.

کـل ذلـک لاـن الحواله نقـل الحق من ذمه إلی أخری و معنی انتقـاله من ذمه المحیـل برائتهـا فهو أداء أو کالأـداء و إذا أبرأ برء کفیله أیضـاً و انفـک الرهن الـذی کـان علی الحق فلاـ حق للراهن فی حبسه و تشـتغل ذمه المحـال علیه بـالحق للمحال و یکون کدین جدید علیه.

(ماده: ۶۹۱) لو أحال المحیل حواله مطلقه فان لم یکن له عنـد المحال علیه طلب یرجع المحال علیه علی المحیل بعد الأداء و ان کان له طلب یقاضیه به.

مقتضـی قولهم بعد الأداء انه لیس له حق المطالبه و الرجوع قبل الأداء و لکن مقتضی ما عرفت من انه کدین جدید و ان المحال علیه صار مـدیوناً للمحال و دائناً للمحیل ان له حق المطالبه ان کان الأجل حالًا و لو قبل الأداء للمحال إذ لا علاقه لأحـد الدینین بالآخر بعد القبول فمقتضی القواعد

صحه الرجوع لأنه أصبح مشغول الذمه له.

نعم ثبت خلاف هذا فی الضمان علی خلاف القاعده و انه لا حق للضامن فی الرجوع إلا بعد الأداء کما انه لا حق له إلا بالرجوع بمقدار ما دفع لا بمقدار الدین، أما هنا فیرجع بما اشتغلت به الذمه سواء دفع ذلک المبلغ أم دفع الأقل علی مقتضی القاعده من انه اشتغال جدید لا علاقه له بسابقه بعد تحققه، هذا إذا کان المحال علیه بریئاً، اما لو کان مشغول الذمه للمحیل فإن أحال بمثل دینه سقط بالتهاتر قهراً و الا فیتحاسبان و یأخذ کل واحد منهما حقه من الآخر.

(ماده: ۶۹۲) ینقطع حق مطالبه المحیل المحال به فی الحواله المقیده و لیس للمحال علیه بعده ان یعطی المحال به للمحیل

و ان أعطاه یضمن و بعد الضمان یرجع علی المحیل و لو توفی المحیل قبل الأداء و کانت دیونه أزید من ترکته فلیس لسائر الغرماء حق فی المحال به.

اشتملت هذه الماده علی ثلاثه أمور.

الأول-: ان الحواله علی مشغول الذمه- و هی الحواله المقیده عندهم- توجب براءه ذمه المحیل من دین المحال و لا حق له بمطالبه حقه من المحیل حیث انه قد انتقل إلی ذمه المحال علیه.

الثانی-: انه یترتب علی ذلک عدم جواز إعطاء المحال علیه الحق للمحیل لأنه صار للمحال فلو أعطاه له ضمن للمحال و دفع الحق له ثم استرجعه من المحیل طبعاً.

الثالث-: مما یترتب علی ما تقدم من الانتقال انه لو مات المحیل قبل

أداء المحـال عليه للمحال و كانت ديونه أكثر من تركته فليس للـديان ان يتـدخلوا فى ذلك الحق المحال و ان يجعلوه من جمله تركته كى يضـرب المحال معهم بالنسـبه كسائر الغرماء لان الفرض انه قد انتقل الى المحال و ملكه على المحال عليه قبل موته و لا يتوقف ذلك على الأداء و عدمه و الجميع واضح.

(ماده: ۶۹۳) لا تبطل الحواله المقيده بان يؤدى مما فى ذمه المشترى للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم و سقط الثمن

أو رد بخيـار الشـرط أو خيـار الرؤيه أو خيار العيب أو أقيل البيع و يرجع المحال عليه بعـد الأداء على المحيل يعنى يأخـذ ما اداه للمحال له من المحيل اما لو تبين برأيه المحال عليه من ذلك الدين بان استحق و أخذ المبيع فتبطل الحواله.

تضـمنت هـذه الماده أيضاً أمرين مهمين أحـدهما-: ان البائع إذا أحال دائنه على المشترى بالثمن ثم حصل ما يوجب فسـخ البيع بإقاله أو خيار أو تلف المبيع قبل القبض فإن الحواله تبقى بحالها و لا تنفسـخ بل غايته ان البائع يغرم للمشترى مثل الثمن ان كان مثلياً و قيمته ان كان قيمياً كما فى سائر موارد التصرف فى أحد العوضين الذى يتعقبه فسخ بأحد الأسباب.

ثانيهمـا-: انه لو ظهر بعـد الحواله بطلاـن البيع فإن الحواله أيضاً تكون باطله لأنه إنما أحال بالثمن على المشترى و الفرض انه قد انكشف ان ذمته غير مشغوله بالثمن لبطلان البيع.

و (تحرير هذا) انه اما ان يحول البائع أجنبياً على المشترى بالثمن

أو يحول المشترى البائع به على أجنبى، اما- الأول- فلا- إشكال فى ان الحواله يظهر بطلانها بعد ظهور بطلان البيع فان كان الأجنبى لم يقبض فلا- شى ء و ان كان قبض استرده المشترى منه و رجع المحال على البائع بحقه ان كان له عليه حق، و دعوى الصحه بناء على صحه الحواله على البرى مدفوعه بأنه لم يحول عليه بل أحال على المال الذى فى ذمته و هو الثمن و احتمال كونه من قبيل الداعى واضح الفساد فإنه فى صميم العقد فلا فى القصد و حده فتدبره، و اما- الثانى- فلا ينبغى الإشكال أيضاً فى ان الحواله باطله انما الكلام فى ان الأجنبى الذى دفع للبائع هل برئت ذمته من دين المشترى لأنه قد دفعه الى البائع بإذنه بل يأمره فلا حق عليه و لكن يرجع على البائع فيأخذ منه ما استلمه من الأجنبى بتحويله؟ أو ان ذمته بعد مشغوله للمشترى لأنه أحال عليه باعتبار كونه مشغول الذمه للبائع و قد انكشف عدم اشتغال ذمته له فتبطل الحواله لفقد شرطها و هو اشتغال ذمه المحيل للمحال- أى المشترى للبائع؟ و هذا هو الأقوى، و حينئذ فيرجع المشترى على الأجنبى بحقه و يرجع الأجنبى على البائع بما دفع له اشتباهاً و بغير حق

(ماده: ۶۹۴) تبطل الحواله المقيده بان يؤدى من مال المحيل الذى هو فى يد المحال عليه امانه

إذا ظهر مستحق و أخذ ذلك المال و يعود الدين على المحيل.

ليس هذا من الحواله المصطلحه لأنها انتقال الأموال من الذمم الى الذمم، اما التحويل على مال الوديعه و نحوها فحقيقته انه توكيل على

الدفع و لكن الحكم على كل حال واحد، يعنى انه لو ظهر ان المال مستحق للغير و كان المحال قد دفع رجع صاحب المال عليه و يرجع هو على المحيل لانه هو السبب لدفعه و هو ظاهر كظهور:

(ماده: ۶۹۵) إذا كانت الحواله مقيده بان يؤدى من مبلغ المحيل الذى هو فى يد المحال عليه فهلك ذلك المال

فان لم يكن مضموناً بطلت الحواله و عاد الدين على المحيل و ان كان مضموناً لا تبطل الحواله مثلا- لو أحال أحد دائنه على آخر على ان يؤدى من دراهمه التى هى عنده امانه ثم تلفت الدراهم قبل الأداء بلا تعد تبطل الحواله و يعود دين الدائن على المحيل و اما لو كانت تلك الدراهم مغصوبه أو أمانه مضمونه بإتلافه فلا تبطل الحواله.

و وجهه واضح فإن الحواله تنقلب على عوض الامانه التالفه المضمونه فيجب ان يؤدى منها و لكن كل هذا ليس من الحواله المصطلحه فى شى ء مثل:

[ماده: ۶۹۶] لو أحال أحد دائنه على آخر بان يبيع مالًا معيناً له و يؤدى الدين من ثمنه و قبل المحال عليه الحواله بهذا الشرط تصح

و يجبر المحال عليه على بيع ذلك المال و أداء دين المحيل من ثمنه.

فإنها أجنبيه عن الحواله الشرعيه و لا- يلزم المحال عليه العمل بها، و له ان يرفضها حتى بعد القبول بل هى وكاله على البيع، و وكاله على الدفع، و الوكاله عقد جائز من الطرفين- كما سيأتى- و لكل منهما ان يحلها و يرفضها متى شاء، و الحواله الصحيحه هى التى تشتغل بها الذمم

و ينتقل المال بها من ذمه لـذمه، و هذه هى اللازمه التى لا يمكن رفضـها و لا تزول إلا بأسـباب خاصه كالبيع و الإجاره و أمثالها فتدبره جيداً.

(ماده: ۶۹۷) الحواله المبهمه أى التى لم يبين فيها تعجيل المحال به و تأجيله

ان كـان الـدين فيهـا معجلاـ على المحيـل تكون حواله معجله على المحـال عليه و يلزمه الأداء فى الحال و ان كان الـدين مؤجلا تكون حواله مؤجله و يلزم الأداء بحلول الأجل.

يريـدون بـالحواله المبهمه- المطلقه- أى التى لم يـذكر فيهـا تعجيـل و لاـ تأجيل فتكون معجله ان كان الـدين معجلا، و ان كان مؤجلاـ تكون الحواله مؤجله، فالإطلاـق ينصـرف الى التعجيـل أصـاله الا ان يكون الـدين من ذاته مؤجلا، و حينئـذ فإن قيـدوها بالتعجيل تعجلت و الا فهى على طبق الدين حسب واقعه.

[ماده: ۶۹۸] ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل أداء الدين

و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه من الـدراهم و الا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلا- لو أحيل عليه بفضـه و اعطى ذهباً يأخذ فضه و ليس له ان يطالب بالذهب و كذلك لو أداها بأموال و أشياء أخر فليس له الا أخذ ما أحيل به عنه.

أوضـحنا لـك قريباً ان هـذا الحكم مختص بالكفاله- أى الضـمان- على خلاف القاعـده للخبر و الإجماع، اما الحواله فهى باقيه على ما تقتضيه القواعد من ان له المطالبه سواء أدى أو لم يؤدى بعد ان اشتغلت ذمته للمحال و اشتغلت ذمه المحيل للمحال عليه لو كان بريئاً فكل منهما له ان يطالب

الآخر يحقه عند حلول الأجل و لا يناط أحد الدينين بالآخر و لا علاقه بينهما فراجع و تدبر.

و منه تعرف ما اشتملت عليه هذه الماده من الأمر الثانى و هو قولهم: و لا يرجع الا بالمحال به يعنى يرجع بجنس ما أحيل عليه الى آخره، يعنى لو احاله بدراهم فتراضى المحال و المحال عليه ان يدفع عوضها دنانير أو ثوباً أو غير ذلک فلا يرجع المحال عليه على المحيل الا بالدراهم لا بما تراضيا عليه.

(ماده: ۶۹۹) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به أو بحوالته إياها على الآخر

أو بإبراء المحال له إياه كذلک يبرء من الدين لو وهبه المحال أو تصدق به عليه و قبل ذلک.

حاصل هذه الماده ان براءه ذمه المحال عليه كما تكون بأدائه المبلغ المحال أو تحويله على آخر كذلک تحصل بإبراء المحال له أو هبته له أو التصدق به عليه، و الفرق بينهما قصد القربه، أو يحتسبه عليه من الحقوق الشرعيه من خمس أو زكاه أو غيرهما.

و مثل هذه الوجوه تحصل ما لو مات المحال فورثه المحال عليه فان المال ينتقل اليه و تبرأ ذمته لأن الإنسان لا يملک على نفسه شيئاً كما فى ماده (۷۰۰) لو توفى المحال له و كان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحواله.

ص: ۲۹۲

الكتاب الخامس فی الرهن

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و له الحمد

المقدمه (فی بیان الاصطلاحات الفقهیه) (المتعلقه بالرهن)

اشاره

(ماده: ۷۰۱)

الرهن:

حبس مال و توقیفه فی مقابله حق یمکن استیفاؤه منه و یسمی ذلک المال مرهوناً أو رهناً.

عرف الرهن فقهاؤنا بما هو أخصر من هذا و ألصق بحقیقته فقالوا:

هو وثیقه علی الدین، أو- وثیقه علی دین المرتهن، و الأقرب الی حقیقته انه سلطنه علی العین من المالک لدائنه فی استیفاء دینه منها عند عدم الدفع فی الأجل فهو حق مالی یتعلق بالعین للمرتهن یوجب حبسها علی الراهن الی ان یصله حقه أو یستوفیه منها.

(و بعباره اجلی) ان الحق کما یکون فی ذمه الإنسان و فی عهدته کذلک قد یکون فی عهده المال و ذمته، یعنی فی ذمه العین المالیه، فالرهن فی الحقیقه ضم ذمه الأعیان إلی ذمه الإنسان فالمال الذی أقرضته لزید تاره تتعهد لک ذمته به فقط و هو الدین المطلق و تاره ذمته و ذمه العین المرهونه و هو الدین الموثوق فلک فی العین حق استیفاء المال منها لا ان

لـک مثـل المـال فیهـا کما ینسب إلی الحنفیه، و فرعوا علی ذلک انها لو تلفت فی یـد المرتهن بغیر تفریط کان التلف علیهما لو زادت علی الـدین أو نقصت و علی المرتهن لو سـاوته، مثلا- لو کـانت قیمتهـا مـائتین و کـان الـدین مائه سـقط دینه و لم یغرم للراهن شـیئاً فیکون تلفهـا علیهمـا، و لو کانت قیمتها مائه فتلفها علی المرتهن فقط، و لو کانت ثمانین دفع له الراهن عشـرین لأن التلف- کما عرفت- عنـدهم استیفاء، اما عنـد الإمامیه و باقی المـذاهب فالتلف بلا تفریط علی الراهن فقط مطلقاً و دین المرتهن بحاله لا یذهب منه شی ء کما لو کفل المال کفیلین و مات أحدهما فتدبره.

اما- ماده (۷۰۲) إلی ماده (۷۰۵) فکلها واضحه و لا حاجه الی ذکرها.

الباب الأول فی (بیان المسائل المتعلقه بعقد الرهن)

اشاره

(و ینقسم إلی ثلاثه فصول)

الفصل الأول فی (بیان المسائل المتعلقه برکن الرهن)

(ماده: ۷۰۶) ینعقد الرهن بإیجاب الراهن و المرتهن و قبولهما، و لکن لا یتم الرهن و لا یلزم ما لم یکن ثم قبض الرهن، بناء علیه للراهن ان یرجع عن الرهن قبل التسلیم.

اشتملت هذه الماده علی أمرین مهمین من مباحث الرهن.

الأول-: ان الرهن من العقود فیحتاج تحققه إلی إیجاب و قبول، و لکن إیجاب الراهن و قبول المرتهن لا- کما فی (المجله) إیجابهما و قبولهما، و کونه من العقود مما لا ینبغی الریب فیه بل لعله مما اتفق علیه فقهاء

المـذاهب اجمع، و لكن يكفى فيهمـا كـل ما دل على إنشاء معناهما كما نص عليه فى الماده التاليه (۷۰۷) إيجاب الرهن و قبوله هو قول الراهن:

رهنتك هذا الشى ء فى مقابله دينى أو لفظ آخر فى هذا المال و قول المرتهن قبلت أو رضيت أو لفظ آخر يدل على الرضا و لا يشترط إيراد لفظ الرهن مثلا- لو اشترى أحـد شـيئا و اعطى للبائع مالا و قال له أبق هذا المال عندك الى ان أعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال.

الثـانى-: ممـا اشـتملت عليه المـاده السـابقه اشتراط قبض العين المرهونه فى الرهن، و هـذه المسأله من مسائل الخلاف عنـدنا، و المعروف فيها ثلاثه أقوال.

(الأول) انه شرط فى صحه الرهن فيكون نحو اشتراطه فيه نحو اشتراطه فى الهبه فلا يكون للعقد اى اثر بدونه.

(الثـانى) انه شـرط فى لزومه فيكون العقـد قبـل القبض مؤثراً لتعلق حق بـالعين و لكن على نحو الجواز لا اللزوم فله ان يرجع قبل القبض فيبطل العقد بخلافه بعد القبض. و هذا هو الظاهر من عباره (المجله) فى هذه الماده.

(الثالث) انه غير شـرط لا فى لزومه و لا صحته و حال القبض فيه حاله فى سائر عقود المعاوضات مثل البيع و الإجاره حيث يجب على كل من المتعاقـدين تسـليم ما وقع عليه العقد الى الآخر بمقتضـى حكم المعاوضه، و لعل هذا هو الأوفق بالقواعد، و الأقرب الى مفاد الأدله و هى عمومات الرهن و عدم المخصص لها سوى ما يتوهم من قوله تعالى (فَرِهانٌ مَقْبُوضَهٌ)

و فی الحـدیث (لا رهن إلا مقبوضاً) و دعوی الإجماع الـذی لم نتحققه، أما الآیه فمن تـدبر ما قبلها و ما بعـد لا یجـدها فی مقام التعرض لشـرائط الرهن و مقومـاته و لاـ فی مقـام الوجوب و الاـ إلزام و انمـا هی فی مقـام الإرشـاد إلی التوثق فی الـدین و أخذ الحائطه بالکتابه و الاشهاد و ما الی ذلک.

و لا یبعـد ان المراد فی الآیه و الحـدیث بیان ان الرهن یلزم ان یکون عیناً یمکن قبضـها حین العقـد لا دیناً فی الـذمه، و لعل إلیه الإشاره بتأنیثه فی الآیه أی عیناً مقبوضه.

و «بالجمله» فلیس من دلیل صریح فی توقف عقد الرهن علی القبض لا لزوماً و لا صحه، و لیس حاله بالنسبه إلی القبض الا حال سـائر العقود فإذا جری عقـد الرهن إیجاباً و قبولا وجب علی الراهن ان یقبض المرتهن العین المرهونه، ثم اما ان ینفقا علی بقائها عنده إلی الأجل أو عند الراهن أو عند أمین ثالث بینهما، و لکن لیس للراهن بعد العقد الرجوع عن الرهن خلافاً لما فی «المجله» الموافق للمشـهور عنـد فقهائنا، و عقـد الرهن کسائر العقود یکفی فیه کل ما یـدل علیه و لکن بالصـراحه و لو بمعونه القرینه و لا ینعقد بالمجازات البعیده، و الکنایات الغامضه، کما فی ماده «۷۰۷»

الفصل الثانی فی «بیان شروط انعقاد الرهن»

«ماده: ۷۰۸» یشترط ان یکون الراهن و المرتهن عاقلین و لا یشترط ان یکونا بالغین حتی جاز رهن الصبی الممیز و ارتهانه.

اما عند الإمامیه فیشترطون البلوغ أیضاً قولا واحداً، و ان یکون مختاراً قاصداً، لا مکرهاً و لا هازلا.

«ماده: ۷۰۹» یشترط ان یکون المرهون صالحاً للبیع بناء علیه یلزم ان یکون موجوداً، و مالا متقوماً، و مقدور التسلیم فی وقت الرهن.

لما کان الرهن بحسب حقیقته وثیقه علی الدین فلازم ذلک ان یکون مالًا ذا قیمه یمکن عاده حصول الوثوق و الاطمئنان به فی تأمین حق المرتهن الدائن، و حینئذ فلا- یصح رهن مالا مالیه له کالهوام و الحشرات، و لا رهن ما لا وجود له حال الرهن، فلا یصح رهن ما سیوجد کثمره الشجره و حمل الدابه و یلزم ان یکون ملکا طلقا، فلا یصح رهن الوقف و مال المفلس و ترکه المیت التی تعلق بها حق الغرماء، بل لا یصح

أیضـاً رهن العین المرهونه عنـد مرتهن آخر الا برضا المرتهن الأول و هکـذا، و ان یکون مقـدور التسـلیم حین الرهن، فلا یصـح رهن العبـد الآـبق و الـدابه الشارده و المال الساقط فی البحر و أمثال ذلک، و ان یکون عیناً فلا یصـح رهن المنفعه، و قـد جعلت «المجله» ضابطه العین التی یصـح رهنها هی العین التی یصح بیعها و لکنک عرفت فی «الجزء الأول ص- ۷۲-» التأجیل فی صحه هـذه الضـابطه، و المناقشه فی الکلیه القائله: ان «کل ما یصـح بیعه یصـح رهنه» و انها تنتقض بالـدین الـذی یصـح بیعه اتفاقاً و لا یصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه یصح بیعه و لا یصح رهنه اتفاقاً و المشاع فإنه یصح بیعه و لا یصح رهنه عند الأکثر إلا بعد قسمته کی یمکن قبضه فعلا، و المنافع لو قلنا بصحه بیعها و لکن لا یصح رهنها اتفاقاً و ان کان لا مانع منه عقلًا و اعتباراً.

نعم عکس القاعـده مسـلم لا ریب فیه فان کل مالا یصـح بیعه لا إشـکال فی انه لا یصـح رهنه و لیس عنـدنا- ما یصح رهنه و لا یصح بیعه- هذا کله فی شروط العین المرهونه.

و اما الحق الـذی یصـح الرهن علیه فقد اتفقوا علی ان الحق الذی یصح الرهن علیه هو الکلی الذی اسـتقر اشـتغال الذمه به سواء کـان قرضـاً أو ثمن مبیع أو سـلماً أو مهراً أو فـدیه خلع أو نفقه أو أرش جنـایه أو أرش معیب أو غیر ذلک، هـذا هو الأصل فیما یصح الرهن علیه، ثم توسعوا فجوزوه علی العین کما أجازوه فی الدین فقالوا: بصـحه الرهن علی الأعیان المضمونه کالمغصوب و درک المبیع و المقبوض بالسوم و بالعقد

الفاسد و هكذا سائر ما يتعلق به الضمان من الأعيان و لا يخرج إلا الأمانات لأنها غير مضمونه كما نصت عليه ماده (۷۱۰) يشترط ان يكون مقابل الرهن مالًا مضموناً بناء عليه يجوز أخذ الرهن لأجل مال مغصوب و لا يصح لأجل مال الأمانه.

و تخصيصه بخصوص الديون- كما لعله الأشهر- ليس له حجه ظاهره كتخصيصه بالحق الثابت فعلًا اى حال الرهن فلا يجوز الرهن على ما يستقرضه أو ما سيغرمه أو ما سوق يجنيه أو ما أشبه ذلك و عدم صحه الرهن على مثل هذه الحقوق المفترضه التى لم تحصل هى و لا أسبابها مما لا ريب فيه، انما الكلام فيما تحقق سببه و مقتضيه، كعقد الزواج الذى هو سبب لوجوب النفقه على الزوج و الطلاق الذى هو مقتض لوجوب نفقه العده و أمثال ذلك، و الأصح صحه الرهن عليها و كفايه هذا المقدار من الاستعداد، لتعلق الحق، و بهذا الملاك صح الرهن على ضمان درك المبيع أو الثمن لو ظهر مستحقاً للغير.

(الفصل الثالث) فى (زوائد الرهن المتصله و فى تبديل الرهن و زيادته بعد عقد الرهن)

(ماده: ۷۱۱) كما ان المشتملات الداخله فى البيع بلا ذكر تدخل فى الرهن

أيضاً كذلك لو رهنت عرصه تدخل فى الرهن أشجارها و أثمارها و سائر مغروساتها و مزروعاتها و ان لم تذكر صراحه.

هذا مع الإطلاق أو العرف الخاص فواضح اما بدونهما فالمتبع التقييد.

«ماده: ۷۱۲» يجوز تبديل الرهن برهن آخر،

مثلا- لو رهن أحد ساعه فى مقابله كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف و قال: خذ هذا بدل الساعه، و رد المرتهن الساعه و أخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ.

مدرك هذه الماده و اللتين بعدها «۷۱۳ و ۷۱۴» زياده الرهن على الدين الواحد كزياده الدين على الرهن الواحد يعنى لو كان الرهن على مائه ثم أخذ من المرتهن مائه أخرى على ان يكون الرهن على المائتين أو ضم الساعه الى السيف على المائه الواحده ان الحق بينهما فإذا تراضيا و أوقعا العقد ثانياً على الزائد أو الناقص صح ذلك لوجود المقتضى و عدم المانع.

«ماده: ۷۱۵» الزائد الذى يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل.

هذا مع الإطلاق مما لا اشكال فيه فان فوائد العين المرهونه تتبع الأصل انما الكلام انه هل يصح اشتراط إطلاقها على ان يتصرف بها الراهن كيف شاء أم لا يصح ذلك؟ وجهان من عموم أدله الشروط و من انه مناف لمقتضى عقد الرهن فان مقتضى طبيعه عقد الرهن منع الراهن و المرتهن من التصرف و استيفاء المنافع من العين المرهونه تصرف فيها و هذا هو الأقوى.

(الباب الثانی) فی (بیان مسائل تتعلق بالراهن) (و المرتهن)

اشاره

من خواص عقد الرهن الذی یعز النظیر له فیها انه لازم من أحد الطرفین جائز من الطرف الآخر، فمن جهه الراهن لازم، و من جهه المرتهن جائز، و سره واضح لا یحتاج الی بیان، کما نصت علیه ماده (۷۱۶) المرتهن له ان یفسخ الرهن وحده- ای و ان لم یرض الراهن و ماده (۷۱۷) لیس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضا المرتهن- فإذا رضی انفسخ لأن الحق له و قد أسقطه فیسقط قهراً حتی مع عدم رضا الراهن، اما لو اتفقا معاً علی الفسخ فبالطریق الاولی ینفسخ کما فی ماده «۷۱۸» إذا اتفق الراهن و المرتهن لهما فسخ الرهن، و لکن من الغریب قول «المجله» هنا: و للمرتهن حبس الرهن و إمساکه الی ان یستوفی طلبه من الراهن بعد الفسخ فإنهما إذا اتفقا علی الفسخ و فسخ المرتهن الذی هو صاحب الحق فأی حق له فی حبس الرهن بعد الفسخ؟ و هل هذا إلا التناقض بعینه و التهافت بنفسه؟ فتدبرها جیداً فإنها نکراء.

و لازم صحه الفسخ ان یرد المرتهن العین المرهونه- لو کانت عنده- الی

الراهن، و يحرم عليه إمساكها بعد الطلب و يكون ضامناً لو تلفت مطلقاً، و لا يعقل ان يتوقف الفسخ على التسليم و هو من آثاره فتدبر.

(ماده: ٧١٩) يجوز ان يعطى المكفول عنه رهناً لكفيله.

هذا فى كفاله المال- اى الضمان- واضح لان المكفول عنه مديون للكفيل بما كفل إذا كان بطلبه و اذنه، اما فى كفاله النفس فمشكل حتى لو قلنا بصحه ضمان العين فتأمل.

(ماده: ٧٣٠) يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهناً ان كانا مشتركين فى الدين أولا إلخ ..

هذه الماده و ما بعدها التى هى عكسها مدركهما واحد و هو حصول التوثق فى كلا الصورتين و كان ينبغى جمعهما بماده واحده فى عباره موجزه فيقال: يصح رهن العين الواحده على ديون متعدده لواحد أو متعدد كما يصح رهن الأشياء المتعدده على دين واحد أو متعدد لواحد أو متعدد، فتفيد معانى كثيره فى عباره يسيره فتدبر.

الباب الثالث فی بیان المسائل التی تتعلق بالمرهون الرهن

اشاره

(و ینقسم الی فصلین)

الفصل الأول فی (بیان مئونه المرهون)

«ماده: ۷۲۲» علی المرتهن ان یحفظ الرهن بنفسه أو بمن هو أمینه کعیاله و شریکه و خادمه.

کان اللازم أولا بیان ان عقد الرهن ما الذی یقتضیه حسب طباعه و إطلاقه هل هو بقاء العین المرهونه عند الراهن أو المرتهن؟ أو عند ثالث أو لا اقتضاء له فی شی ء من هذه الناحیه؟؟ بل یتبع ما یتفقان علیه، و هذا هو الأصح و لا ینافیه اعتبار القبض عند الأکثر إذ لا ملازمه بین قبض المرتهن و بقائه عنده فان اتفقا بعد قبضه و انعقاده علی وجه فهو، و ان تشاحا

رجعت القضيه إلى حاكم الشرع فيضعه عند عدل مؤتمن و ان اتفقا على وضعه عند المرتهن وجب عليه حفظه كما فى المتن فى هـذه المـاده و ماده (۷۲۳) المصـارف الـتى تلزم لمحـافظه الرهـن كـأجره المحـل و النـاظر على المرتهـن، و لكن انمـا تلزم على المرتهن بالشـرط و الا فإطلاق العقد لا يقتضـى ذلک بل الواجب عليهما ان يعينا ذلک و کون القبض لمصـلحه لا يقتضى تعيين ذلک علیه ضروره أن المصلحه مشترکه بینهما، نعم الإطلاق یقتضی کون العلف و اجره الرعی و الراعی ان کان حیواناً- کما فی ماده (۷۲۴) علی الراهن، و ان کان عقاراً فتعمیره و سـقیه و تلقیحه و تطهیر خرقه و سائر مصارفه التی هی لإصـلاح منافعه و بقائه عائـده إلى الراهن أيضـاً فـإن بـذلها أو اذن المرتهن ان ينفقها اسـتحق المرتهن الرجوع بها عليه و ان لم يأذن و لم يـدفع اسـتأذن المرتهن الحاكم و كان له حق الرجوع و ان أنفق بدون اذن الراهن و لا الحاكم كان متبرعا لا يستحق الرجوع على الراهن بشى ء كما ان الراهن لو أنفق ما يجب على المرتهن إنفاقه بدون اذنه لا يسـتحق الرجوع به أيضاً لأنه بحكم المتبرع كما فى ماده (۷۲۵) كل من الراهن و المرتهن إذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً و ليس له ان يطالب الآخر بما صرفه.

الفصل الثانی فی الرهن المستعار

[ماده: ۷۲۶] یجوز ان یستعیر أحد مال آخر و یرهنه باذنه و یقال لهذا الرهن المستعار.

تقدم فی (الجزء الأول) التعرض لهذه القضیه و انها من معضلات فنّ الفقه إذ کیف یرهن إنسان علی دینه مال غیره مع انه (لا رهن إلا فی ملک)؟ ثم کیف بعد ذلک یباع مال إنسان قهراً علیه و یوفی به دین غیره؟ و کیف یدخل العوض فی ملک غیر من خرج منه المعوض؟

ثم ان العاریه بطبیعتها عقد جائز للمعیر ان یرجع بها متی شاء فکیف صارت هنا لازمه لا یقتدر المالک علی الرجوع بها إلا بأداء الدین و هو غیر مستدین، فالحکم بصحه الرهن هنا تحتاج الی علاج کل هذه المخالفات المنافیه للقواعد الاساسیه و محکمات الفقه، و قد سبق البحث فی بعض هذه الجهات و سیأتی کثیر من احکام الرهن المستعار فی الفصل الثانی و کان اللازم ذکرها أجمع فی هذا الفصل و کیف کان فلا ریب ان الرهن المستعار تابع سعه و ضیقا لاجاره المالک و مقدار رخصته فی الإطلاق و التقیید فلو قید ان یرهنه فی زمن

معين أو على مقدار معين أو شخص معين يلزم الراهن الاقتصار على محل الرخصه فلو تجاوز بطل الرهن و ان أطلق المالك كان للراهن ان يرهنه كيف شاء كما نصت على ذلك مادتا (٧٢٧ و ٧٢٨)،، و كان ينبغي للمجله التنبيه على ان المستعير لو تجاوز موضع الاذن و تلف المال عنده أو عند المرتهن ضمنه للمعير مطلقاً و الا فلا ضمان الا مع التعدى.

الباب الرابع فی (بیان احکام الرهن

اشاره

و ینقسم إلی أربعه فصول)

الفصل الأول

(ماده: ۷۲۹) حکم الرهن هو ان یکون للمرتهن حق حبسه الی حین فکه، و ان یکون أحق من سائر الغرماء باستیفاء الدین من الرهن إذا توفی الراهن.

إذا تم عقد الرهن یترتب علیه عده أحکام تکلیفیه و وضعیه، اما التکلیفیه فمثل حرمه تصرف کل من الراهن و المرتهن بالعین المرهونه مطلقاً الا ـ ما یعود الی حفظ العین کسقی الدابه و علفها و نقل المتاع من محل الی آخر احفظ و أمثال ذلک، اما الوضعیه فهی کثیره (منها) حق حبس العین علی الراهن و منعه من التصرف فی ملکه الا برضا المرتهن، و لیس معنی الحبس ان یحبسها المرتهن عنده فان ذلک لیس من مقتضیات الرهن بل المراد حبس المالک عن التصرف فلا یصح بیعه و لا إیجاره و لا رهنه ثانیاً و لا هبته إلا برضا المرتهن.

و (منها) ان الراهن لو فلسه الحاکم فالمرتهن لا یضرب مع الغرماء کاملًا فان زاد منه شی ء رده الی بقیه الغرماء و ان نقص ضرب معهم

فی بقیه الأموال.

و (منها) انه لو مات الراهن فان فک الورثه الرهن و الا کان المرتهن أحق به من سائر الغرماء سواء قصرت الترکه عن الـدیون أم لا.

و (منهـا) انه لو امتنع الراهن عن وفـاء الـدین کـان للمرتهن ان یرفع امره الی الحاکم فیبلغ المرهون و یـدفع له دینه و بـدفع الباقی للراهن ان بقی شی ء سواء کان الامتناع عن عجز أو مماطله.

و من هذا البیان تعرف خلل عباره (المجله) و قصورها عن الوفاء بما یجب فی هذا البحث.

(ماده: ۷۳۰) لا یکون الرهن مانعاً عن مطالبه الدین و للمرتهن صلاحیه مطالبته بعد قبض الرهن أیضاً.

الرهن لاـ یغیر الـدین و لاـ یبـدله، و لاـ یقـدمه و لاـ یؤخره، فهو علی حـاله ان کـان مؤجلا فمؤجل و ان کان معجلا فمعجل و له المطالبه بدینه عند حلول اجله و لا یمنعه وجود الرهن من ذلک.

(ماده: ۷۳۱) إذا أوفی مقداراً من الدین لا یلزم رد مقدار من الرهن الذی هو فی مقابله،

و للمرتهن صلاحیه حبس مجموع الرهن و إمساکه الی ان یستوفی تمام الدین.

نسبه الرهن الی الدین تتصور علی أنحاء یمکن ان یکون قصد المتراهنین متجهاً الی واحد منها.

(الأول) نحو مقابله المجموع بالمجموع و لازم هذا ان یفک تمام الرهن بأداء جزء من الدین و لو قلیل.

«الثانی» ان یکون علی نحو مقابله الجمیع التی تقتضی التوزیع، و لازم هذا انه کلما ادی جزء انفک من الرهن بمقداره.

«الثالث» ان یکون بنحو مقابله الکل بالجزء و هذا عکس الأول فإن لازمه ان یبقی تمام الرهن محبوساً الی أداء تمام الدین فلو ادی تمام الدین عدا جزء یسیر منه بقی الرهن بتمامه علی الجزء و هو الذی ذکرته «المجله» و الأصح ان یقال: انه إذا ظهر من قصد الراهنین أحد تلک المعانی تعین و الا- أی مع الإطلاق- فالقاعده تقتضی الوسط علی القاعده المعروفه عندهم من ان مقابله الجمع بالجمع تقتضی التوزیع، و لکن المشهور عندنا علی الظاهر هو النحو الأخیر المختار للمجله و لعل مدرکهم أنه ألصق بالتوثق و الاحتیاط لاسترداد الدین و هو و ان کان کذلک و لکن تعیین هذا النحو من التوثق یحتاج الی معین و هو مفقود فلیتدبر.

نعم لا اشکال فیما لو کان علیه دینان و لکل منهما رهن فان دفع دین أحدهما انفک ما یقابله من الرهن و بقی الآخر کما ذکرته بقولها: و لکن لو کان المرهون شیئین و کان تعین لکل منهما مقدار من الدین إذا أدی مقدار ما تعین لأحدهما فللراهن تخلیص ذلک فقط.

«ماده: ۷۳۲» لصاحب الرهن المستعار أن یؤاخذ الراهن المستعیر لتخلیصه و تسلیمه إیاه،

و إذا کان المستعیر عاجزاً عن أداء الدین لفقره فللمعیر أن یؤدی ذلک الدین و یستخلص ماله من الرهن.

یعنی لا حق له باسترداد الرهن من المرتهن الا بان یؤدی الدین هو أو المستعیر أو متبرع، و بهذا خرجت هذه العاریه عن بابها، و إذا أدی

المعیر الـدین لتخلیص ماله رجع به علی المسـتعیر قطعاً. و کان من حق التحریر وضع هـذه الماده و ماده «۷۳۵» و «۷۳۶» و «۷۳۷» فی الفصل المتقدم المعقود لأحکام «الرهن المستعار» و اقحامها فی هذا الفصل مع عدم الربط و المناسبه خلل ظاهر و کیف کان فهذا الأثر أیضاً من الأوضاع التی خالفت الأصول و القواعد التی أشرنا إلیها سابقاً، و هذه القضیه و ذیولها هی و التبرع بوفاء دین الغیر شـعبتان من شـجن واحـد و من التأمل فی تخریـج وجهه یسـتخرج وجه تطبیقهما جمیعاً علی القواعد، فاسـتخرجها بفکرک الثاقب، و نظرک الدقیق و اللّه التوفیق.

«ماده: ۷۳۳» لا یبطل الرهن بوفاه الراهن و المرتهن.

بل ینتقل حق الرهن و حبس العین إلی ورثه المرتهن. کما ینتقل الدین من ذمه الراهن الی ترکته فیجب علی الوصی و الورثه اما فکها بأداء الـدین من ترکته أو دفع الترکه إلی المرتهن الدائن و ان کان الوارث صـغیراً فولیه و ان کان غائباً کبیراً فالحکم ان لم یمکن حضوره أو توکیله، و ممـا ذکرنـا یظهر الخلل فی ماده «۷۳۴» إذا توفی الراهن فـان کان وارثه کبیرا یلزمه تأدیه الـدین من الترکه و تخلیص الرهن و ان کان صغیراً أو کبیراً غائباً بغیبه بعیده فالوصی بإذن للمرتهن ببیع الرهن و یوفی الدین من ثمنه،،، بل الوصی و قیم الصغیر أو الحاکم یتولون بیع الرهن بإذن المرتهن و وفاء الدین منه.

و ماده «۷۳۵» تقدم مضمونها فی طی ماده (۷۳۲) و حاصله: ان المعبر لا حق له بأخذ الرهن الا بعد وصول دین المرتهن الیه سواء کان

المستعير الراهن حياً أو ميتاً، و لكن لا يجبر على أداء الدين لأن الإنسان لا يجبر على أداء دين غيره و انما يجبر المستعير المديون فلو كـان عـاجزاً فقيراً تحرجت المسـأله كثيراً و لاـ مناص من الحكم بان الرهن يبقى عنـد المرتهن فاما ان يخلصه المالك المعير بأداء الدين باختياره أو يرفع المرتهن امره الى الحاكم فيبيعه لوفاء الدين بمراجعه المعير المالك.

(ماده: ۷۳۶) لو توفى الراهن المستعير حال كونه مفلساً مديوناً يبقى الرهن المستعار فى يد المرتهن على حاله مرهوناً

و لكن لا يباع بـدون رضا المعير و إذا أراد المعير بيع الرهن و إيفاء الدين فان كان ثمنه يوفى الدين فيباع من دون نظر الى رضـا المرتهن و ان كان ثمنه لا يوفى الدين فلا يباع من دون رضا المرتهن.

قـد تكرر بيـان ان التصـرف فى العين المرهونه لاـ يجوز الاـ برضـا الراهن و المرتهن و يزيـد هنا انه لا بـد أيضاً من رضا المالك المعير و اذنه لأن العين لا تزال فى ملكه و ان كان للمرتهن حق فيها، اما لو توفى الراهن المستعير مفلساً انحصر الأمر بين المعير و المرتهن فلا بد من رضاهما معاً سواء كان الرهن يوفى أم لا فقول (المجله) فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن- غير سديد.

«ماده: ۷۳۷» لو توفى المعير و دينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأديه دينه و تخليص الرهن المستعار

«اى يأمره حاكم الشرع» و ان كان عاجزاً عن تأديه الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله و لكن لورثه المعير أداء الدين و تخليصه و إذا

طـالب غرمـاء المعير بيع الرهن فـان كـان ثمنه يوفى الـدين يباع من دون نظر الى رضا المرتهن و ان كان لا يوفى فلا يباع بـدون رضاه.

فى هذا الفرض تصبح العين متعلقاً لجمله حقوق حق المالك المعير الذى انتقل إلى غرمائه و حق الورثه و حق المرتهن و طريق التخلص بعد عجز الراهن ان يخير الورثه بين دفع الدين و تخليص العين و بين بيعها و أداء الدين من ثمنها فان زاد من الثمن شى ء يـدفع الى الغرماء أو يتقبلوها بقيمتها و يـدفعون حق المرتهن فان زاد فللغرماء، هـذا بناء على ما هو الأصح عنـدنا من ان أعيان التركه تنتقل إلى الورثه و لكن محجور عليها بحق الغرماء فتشبه العين المرهونه.

إما ماده (۷۳۸ و ۷۳۹ و ۷۴۰) فهى مع انها تقدمت فى غايه الوضوح لا تحتاج الى اى تعليق.

و أما- مادتا (۷۴۱ و ۷۴۲) فالمقصود منهما بيان حكم تلف العين المرهونه فهى خداج لم تستوف صور التلف كلها.

و «تحرير هـذا البحث» بوجه جـامع- ان تلف العين المرهونه امـا ان يكون سـماوياً أو بشـرياً، و التلف السـماوى لاـ محاله يوجب بطلاـن الرهن لزوال موضوعه و لا يلزم الراهن شـى ء و يبقى الـدين طلقاً بلا رهن، و اما الثانى فالمتلف اما الراهن أو المرتهن أو أجنـبى فـإن كـان هو الراهن وجب عليه غرامه المثـل أو القيمه ليكون رهنـاً فى مكـان الرهن الـذى أتلفه، و ان كـان هو المرتهن فالغرامه عليه و مقتضى القاعده ان يدفع المثل أو القيمه ليكون رهناً و لكنهم حكموا هنا: انه يسقط منه بمقدار دينه

و كأنهم جعلوه من أسباب التهاتر و هو مع كونه من جنس الدين ليس بالبعيد و فى صوره الاختلاف مشكل إلا مع التراضى، أما لو كان المتلف أجنبياً فلا إشكال فى الغرامه و تكون قيمته رهناً.

(الفصل الثانى) فى (تصرف الراهن و المرتهن فى الرهن)

[ماده: ۷۴۳] يبطل رهن الخارج الرهن بدون اذن الراهن و المرتهن عند غيره.

لعل فى النسخه غلطاً، و إلا ـ فالعباره كما ترى مشوهه الخلقه مع شديد التعقيد، و لعل المراد ان رهن كل واحد من الراهن و المرتهن العين المرهونه عند ثالث باطل إلا ـ برضاهما معاً- أو ان رهن الأجنبى العين المرهونه باطل إلا بإذنهما، و الأول أنسب بالفصل المعقود لتصرف الراهن و المرتهن لا لنصرف الأجنبى، و كيف كان فقد مر مكرراً- ان الراهن و المرتهن ممنوعان من مطلق التصرف فى العين المرهونه سواء التصرفات الناقله كالبيع و الهبه أو غير الناقله كاللباس و السكنى، اما التصرفات الاستغلاليه كالإجاره و بيع الثمره و جمع الحليب و الصوف و أمثالهما فلا ينبغى الإشكال فى جوازه كما ربما يظهر من كلمات الفقهاء و لكن تعود القيمه رهنا مع الأصل، و من جمله التصرفات رهن العين المرهونه عند

ثـالث فـإنه لا يجوز الا باتفاقهما، و تحرير المسأله ان الراهن- اى المسـتدين ثانياً- اما ان يكون هو المالك- اى الراهن الأول- و هذا لا مانع منه فإنه كما لو رهن العين الواحده ابتداء عند شخصين على دينين فيشتركان فى ان لكل من المرتهنين بل الأكثر حق الاستيفـاء من العين امـا عرضـاً أو مرتين الأـول فالأول، و اما ان يكون الراهن هو المرتهن على دين له و هـذا أيضاً لا مانع منه مع الاـذن و يكون من بـاب الرهن المسـتعار و يشترك المرتهن الأول و الثانى فيها، و مثله ما لو كان الراهن أجنبياً بإذنهما على دين له، ثم المرتهن امـا ان يكون هو المالـك- اى الراهن- و هـذا ممـا لا معنى له أصـلا إذا لا يعقل رهن المال عنـد مالكه، و اما ان يكون هو المرتهن الأول و هذا معقول أيضاً و يكون كرهن العين الواحده على دينين عند واحد، و مثله ما لو كان المرتهن أجنبياً و يكون كرهن العين الواحده عند شخصين على دينين.

و من جميع ذلك تعرف فساد ما فى ماده (۷۴۴) إذا رهن الراهن الرهن بإذن المرتهن عند غيره يصح الرهن الثانى و يبطل الرهن الأول،،، بل يصـحان معاً لعـدم التزاحم بينهما سـيما مع سـعه العين لكلا الـدينين و مع عدم السـعه فيحتمل تقديم الأول أو تقديم الثانى أو التوزيع بالنسـبه، كفساد ماده «۷۴۵» إذا رهن المرتهن الرهن بـإذن الراهن عنـد الغير يبطل الرهن الأول و يصـح الثانى و يكون من قبيل الرهن المسـتعار،،، بل يصـحان معاً فان فك الراهن الأول الزم المرتهن الأول بفكه و إلا جرى عليه احكام (الرهن المستعار) المتقدمه و الا فالمرتهن الأول يسد من دينه حق المرتهن

الثانی علیه فـان زاد رده الی المالـک و هو الراهن الأول، ثم ان مقتضـی توقف تصـرف کـل منهمـا علی اجازه الآخر انه لو باع الراهن فإن أجاز المرتهن نفـذ و بقی الثمن رهنا و ان رد فالمشتری مخیر بین الصبر الی فک الرهن و بین الفسـخ فعلًا الا ان یدفع الدین فینفذ، و ان باع المرتهن فأجاز الراهن کان الثمن أیضاً رهناً و ان رد بطل، و هذا خلاصه ما ذکرته (المجله) فی ماده «۷۴۶» و ماده «۷۴۷» زیاده و اختصارا، و کما یصح البیع برضاهما تصح العاریه أیضاً بل و غیرهما من المعاملات التعاوضیه، اما المجانیه کالهبه فهی إبطال للرهن بلا ریب، و کما یصـح إعارته برضاهما للأجنبی کـذلک یصح ان یعیره أحدهما للآخر، و معنی العاریه هنـا إبـاحه الانتفـاع أو تملیـک المنـافع فان کلا منهما ممنوع منه بـدون رضا الآخر کما سـبق فی ماده «۷۴۸» لکـل من الراهن و المرتهن اعـاره الرهن بإذن صاحبه،،، و لکن إعارته لا تبطل رهینته حتی یحتاج إلی إعارته الی الرهینه فلا محل لقول «المجله» و لکل منهما إعادته إلی رهینته بعـد ذلک، بل لا معنی لهـذا الکلام أصـلا کما لا یخفی علی المتأمل کما ان قولها فی ماده «۷۴۹» للمرتهن ان یعیر الرهن للراهن، و بهـذه الصوره لو توفی الراهن فـالمرتهن یکون أحق بـالرهن من سـائر غرمـاء الراهن، فـان هـذا الکلام مسـتدرک إذ العـاریه لم تبطـل الرهن و لا اختصـاص لهـذه الصوره بـالحکم المـذکور بل فی جمیع صور الرهن یجری الحکم المزبور، امـا الانتفـاع فقـد عرفت انهـا أیضـاً محبوسه عن کـل واحـد منهما الا برضا الآخر فلو أباحها الراهن للمرتهن فان أباحها بثمنها حسبت من دینه و الا کانت له مجاناً فقول (المجله)

و لا يسقط من الدين شى ء فى مقابل هؤلاء- على إطلاقه غير صحيح- كعدم صحه الإطلاق فى ماده «۷۵۱» إذا أراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه إذا كان الطريق آمناً،،، بل و الصحيح انه لا يجوز ان يأخذ الرهن معه مطلقاً الا إذا خاف عليه لو أبقاه فى محله و كان نقله الى بلد آخر أو محل آخر احفظ فليتدبر.

(الفصل الثالث) فى بيان احكام الرهن الذى هو فى يد العدل

(ماده: ۷۵۲) يد العدل كيد المرتهن

يعنى لو اشترط الراهن و المرتهن إيداع الرهن عند من ائتمنه و رضى الأمين و بقبضه يتم الرهن و يلزم و يقوم ذلك الأمين مقام المرتهن.

«ماده: ۷۵۳» لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن

ثم لو وضعه الراهن و المرتهن بالاتفاق فى يد عدل يجوز.

«ماده: ۷۵۴» إذا كان الدين باقياً فليس للعدل ان يعطى الرهن الى الغير

ما لم يكن لأحد الراهن و المرتهن رضا و إذا أعطاه فله صلاحيته استرداده و إذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن.

«ماده: ۷۵۵» إذا توفی العدل یودع الرهن عند عدل غیره

بتراضی الطرفین و إذا لم یحصل بینهما الاتفاق فالحاکم یضعه فی ید عدل.

خلاصه هـذا الفصل یبتنی علی ما سبق بیانه من ان طبیعه عقـد الرهن لا تقتضـی کون بقاء الرهن عنـد الراهن أو المرتهن أو عند ثالث فهو من هـذه الجهه لا اقتضاء فان اتفقا علی بقائه عنـد أحـدهما تعین و ان تشاحا وضـعه الحاکم عند عدل و لا یجوز له ان یـدفعه إلی أحـدهما بـدون رضـا الآخر بل یـدفعه إلیهما أو الی الحاکم لو تعـذر مراجعتهما أو اتفاقهما و لو دفعه الی أحـدهما و تلف ضـمن للآخر، و لو مات العدل فان اتفقا فهو و الا وضـعه الحاکم عند عدل آخر هذا کل ما اشـتملت علیه مواد هذا الفصـل مع الاختصار و حذف الفضول فإنه معانی قلیله فی عبارات طویله.

(الفصل الرابع) فی (بیع الرهن)

(ماده: ۷۵۶) لیس لکل من الراهن و المرتهن بیع الرهن بدون رضا صاحبه.

و هذا واضح معلوم.

(ماده: ۷۵۷) إذا حل وقت أداء الدین و امتنع الراهن عن أدائه

فالحاكم يأمره ببيع الرهن و أداء الدين فان ابى و عائد باعه الحاكم وادى الدين.

أو يتقبله المرتهن و يحتسبه من دينه و يـدفع الزائـد لو كـان، و مع غيبه الراهن و عـدم إمكـان الوصول و حلول الأجـل فالمرجع الحـاكم فى البيع و الوفـاء لولا ـيته العامه كما فى ماده (۷۵۸) إذا كـان الراهن غائبـاً و لم تعلم حيـاته و لا ـ مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن و يستوفى الدين.

(ماده: ۷۵۹) إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه و إبقاء ثمنه رهناً فى يده

بـإذن الحـاكم و إذا باعه بـدون اذن الحاكم يكون ضامناً كـذلك لو أدرك ثمر البسـتان المرهون و خضـرته و خيف تلفه فليس للمرتهن بيعه إلا بإذن الحاكم و إذا باعه بدون اذن الحاكم يضمن.

كل ذلك حفظاً للمال من الضياع، و الحاكم هو الولى العام.

(ماده: ۷۶۰) إذا حل وقت أداء الدين يصح توكيل الراهن المرتهن

أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن و ليس للراهن عزل ذلك الوكيل من تلك الوكاله و لا ينعزل بوفاه أحدهما أيضاً.

الوكاله عقد جائز اتفاقاً- كما سيأتى فللوكيل ان يعزل نفسه كما للموكل ان يعزله و لا دليل على لزومها هنا بالخصوص غايته انه لو عزل الوكيـل يلزمه الحـاكم بالبيع أو توكيل غيره و بهـذا يحصل الجمع بين الحقوق كما ان الوكاله تبطل بالموت عنـدنا اتفاقاً سواء موت الوكيل أو الموكل و لا معنى لبقائها بعد الموت بل يلزم الورثه مع الوصى وفاء الدين من

الترکه أو بيع العين المرهونه و الوفاء من ثمنها و ان لم يفعلوا تولى الحاكم ذلک.

«ماده: ۷۶۱» الوكيل ببيع الرهن يبيع الرهن إذا حل وقت أداء الدين و يسلم ثمنه الى المرتهن فان أبى الوكيل يجبر الراهن على بيعه.

اما الوكيل فقد عزل نفسه بامتناعه عن أداء عمل الوكاله فيتعين إلزام الراهن بذلک فان ابى فالحاکم کما فی «المجله»: و إذا ابى و عاند باعه الحاكم و إذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فإن عائد باعه الحاكم:

الى هنا انتهت مواد «المجله» فی (كتاب الرهن)، و قد أهملت بحثين مهمين من مباحثه (أحدهما) مسقطات الرهن، و (ثانيهما) باب التنازع و الخصومه، و من الحق ان تشير الى بعض مسائل كل من البحثين على سبيل الإيجاز إتماماً لفائده.

اما- الأول- فمعلوم ان أسباب سقوط الرهن و زواله مهما تعددت و تنوعت فهی ترجع الى سببين، و هما- سقوط الدين أی براءه ذمه الراهن منه أو إسقاط المرتهن حقه من الرهن مع بقاء الدين، و حيث ان أسباب سقوط الدين كثيره لذا تكثرت أسباب سقوط الرهن.

أولها-: الوفاء و الأداء.

ثانيها-: الاسقاط و الإبراء.

ثالثها-: موت الراهن و المرتهن هو الوارث.

رابعها-: عكسها- موت المرتهن و الراهن هو الوارث.

خامسها-: حواله الدین علی آخر.

سادسها-: ضمان الدین و انتقاله إلی ذمه أخری سابعها-: بیع الدین لآخر.

ثامنها-: هبته لآخر، و ان کانت الهبه هنا ترجع إلی الإسقاط.

و ربما توجد أسباب اخری لسقوط الدین تظهر بالاستقصاء و التأمل.

اما الثانی و هو إسقاط المرتهن حقه من الرهن فهو معنی واحد و لکن یظهر بصور مختلفه من قول أو فعل أو إشاره، بل و قد یتحقق بالکتابه أیضاً فإنه و ان کان أشبه بالإیقاع، بل هو الإیقاع حقیقه، و الإیقاع کالعقد عندنا لا یتحقق بالکتابه، و لکن حیث ان الشارع کالعرف لم یعتبروا فیه صیغه خاصه- کما اعتبروها فی الطلاق و العتق و غیرهما- کفی کل ما دل علیه.

البحث (الثانی) فی التنازع و الخصومه و یقع المهم منه فی مسائل.

(۱) إذا ادعی الدائن الرهن و أنکره المدیون فالقول قوله للأصل.

(۲) إذا ادعی المرتهن ان الرهن الثوب و الکتاب مثلًا و لم یعترف الراهن الا بالثوب فالقول قوله للأصل أیضاً.

(۳) إذا ادعی المرتهن ان الرهن هو الثوب مثلا و قال الراهن بل الکتاب، فهذا و أمثاله یدخل فی باب التداعی و یخرج من باب المدعی و المنکر فان کان لکل منهما بینه فهو من باب تعارض البینات و المرجع فیهما الی المرجحات، و ان لم تکن فالتساقط و التخییر و القول الفصل حکم الحاکم الذی ترفع الیه الدعوی المزبوره، و ان کانت البینه لأحدهما فقط کان

العمل عليها بلا ريب، و ان لم تكن لأحدهما بينه فالتحالف فمن حلف حكم له و ان حلفا معاً تساقطا و حكم بعدم رهن شی ء منهما و هو المعروف عندنا بالانفساخ القهری.

(۴) إذا ادعی المالک المدیون ان العین ودیعه عند دائنه و ادعی الدائن انها رهن فالقول قول المالک بیمینه للأصل.

(۵) لو ادعی المالک انها اجاره و ادعی الآخر انها رهن، فالأقرب انه من باب التداعی ان کان النزاع قبل القبض أو بعد قبض العدل، اما لو کان بعد قبض مدعی الرهینه فالأقرب ان القول قوله.

(۶) إذا ادعی المرهن رد العین المرهونه و أنکر الراهن فالقول قوله للأصل.

(۷) إذا ادعی المرتهن التلف و أنکر الراهن فالقول قول المرتهن بیمینه لأنه الأمین.

(۸) لو اعترف بالتلف و ادعی علیه التفریط فالقول قول المرتهن أیضاً للأصل أیضاً و لأنه أمین.

(۹) لو ادعی الراهن ان المرتهن أسقط حق الرهن و أنکر المرتهن فالقول قوله أیضاً.

(۱۰) لو ادعی المرتهن ان العین رهن علی الدینین و أنکر الراهن فالقول قوله للأصل أیضاً (۱۱) لو تداعی شخصان علی عین فادعی کل منهما انها رهن عنده فقط فلا یخلو اما ان تکون فی ید أحدهما أو فی یدهما معاً أو فی ید ثالث

و على كـل التقـادير فالمالک اما ان يصـدق أحـدهما أو ينفيهما معا أو لا يصـدق و لا ينفى أو لا يمكن مراجعته لغيبه و نحوها، فالقضيه ذات صور متشعبه يدور محورها على أمرين الأول-: ان من صدقه المالک فالقول قوله بيمينه مطلقاً.

الثـانى-: انه حيث لاـ تصـديق من المالـک امـا لغيبه أو لسـبب آخر فـالقول قول صاحب اليـد، و اما ان كانت اليـد لهما فهو باب التـداعى فمن كانت له بينه يقـدم قوله و ان لم يكن بينه أو تعارضت البينتان و لا مرجح فالتحالف فمن حلف قدم قوله مع نكول الآخر و إذا حلفا حكم بالانفساخ القهرى و رجعت العين الى مالكها، و مثلها ما لو كانت فى يـد ثالث فإنه أيضاً من باب التداعى اما البينه و اما التحالف.

[۱۲] إذا ادعى ان العين رهن عنـده فقـط فادعى الآخر انها رهن عنـده أيضاً كانت من باب المـدعى و المنكر و الصور المتقـدمه جاريه هنا أيضاً و المالک مصدق حتى على صاحب اليد لأنه أحق بماله، و اعرف بنفسه، و تنقلب الخصومه بينه و بين الآخر فان كان غائباً أو لا يصدق واحداً منهما فصاحب اليد مقدم بيمينه الا ان يقيم الآخر- و هو المدعى- البينه.

هـذا قليل من كثير من صور النزاع و الخصومه و المتتبع يجد أكثر من ذلک، هذا فى خصوص النزاع فى الرهن، اما الخصومه فى الدين الذى عليه فهى أيضاً كثيره و لكنها خارجه من هذا الكتاب و محلها [كتاب الدين].

و لنختم هنا (كتاب الرهن) سائلين من الحق جل شأنه أن يفك رهائن أنفسنا يوم تغلق الرهون، و تطبق السجون، و (لا يَنْفَعُ مالٌ وَ لا بَنُونَ إِلّا مَنْ أَتَى اللّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ).

تم الجزء الثانى و يليه الجزء الثالث إن شاء اللّه و اوّله (كتاب الأمانات الوديعه و العاريه)

(استدراکات و ملاحظات)

کنا نحسب أو نأمل عنـد انتشار (الجزء الأول) من هـذا الکتاب (تحریر المجله)، و بعـد إنجاز طبعه، و وقوعه بأیدی أهل الفضل، ان یکثر النقد علیه، و البحث و التنقیب فی بحوثه و فوائده، نظراً لاشتراک الفقیه فیه مع الحاکم، و الحقوقی و القانونی، و الأستاذ و التلمیـذ، و انتفـاع أکثر الطبقـات به، فلم نجـد شـیئاً من ذلک، و لا اجعل اللوم فی ذلک الا علی الظروف القاسـیه، و الحوادث الزمنیه، التی اشغلت أفکار اولی الفضل و المتخصصین بمسائل الفقه و الحقوق عن التوسع و الاضطلاع بمهمتهم و ما هو المتعین علیهم، و لا ریب ان الاضـطرابات العالمیه، و هـذه الحروب الطاحنه، أقل تأثیرها حـدوث الفتور، و خمود العزائم عن النشاط الی البحث و الاستقصاء، فی المسائل النظریه و المباحث الجوهریه، الأعلی النادر ممن لا یجد لذه إلا فی العلم و البحث و المطالعه و المراجعه، و لا یعوقه

عن تلك الشئون عائق، و لا يشغله عن تلك العوالم و المعالم شاغل، و لكنهم كانوا قليلا و (قد صاروا أقل من القليل).

و نحن- و المنه للّه وحده- لم يقعد بعزيمتنا، عن مواصله البحث و الكتابه عواصف الزمن، و لم تخمد جمره اشوافنا، لنشر العلوم، نكبات المحن، و لا عاقبا عن النشر و الطبع أزمه الورق، و ضيق مواد الاقتصاد، و ضعف الرغبات و خمود العزمات، و كان أقصى ما سمعنا من بعض الهنات، أو وجدنا من النقد فى بعض الصحف التعرض لأمور تافهه لا تستحق الذكر، أسمعنا بعض عوض فلى نواصى التحقيقات الأبكار التى نشرها (الجزء الأول) فى حقيقه البيع و الملكيه، و الماضى و المضارع، و الأموال و العهود و الالتزامات.

نعم اسمعونا بدل التعمق فى هذه الدقائق الاعتراض على قولنا ص (۷) فالاماميه فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه- حتى صار يدعيه من لا يصح ان يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه، وليتهم علموا باننا قد كبحنا جماح القلم هنا و هناك و اكتفينا بقليل من كثير، و جرعه من غدير من ويلات هذا البلاء المبرم، و المقام مقام الشكر فى اننا أسدلنا الستار، عن موبقات تلك الأطوار، و أخذنا بأدب الفرقان المجيد «خُذِ الْعَفْوَ وَ أْمُرْ بِالْعُرْفِ وَ أَعْرِضْ عَنِ الْجاهِلِينَ» و صرفنا أو تصرفنا فى كريمه قوله عز شأنه «وَ لْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» بقوله تعالى «إِنَّكَ لا تَهْدِي مَنْ أَحْبَبْتَ وَ لكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشاءُ».

و ليس بت هذه النفثه من القصد فى شى ء و انما استطردها بيان دواعى

الحرمان من فوائد النقد، و أسباب انصراف الهمم و العزائم عن هذه المغانم و ان أحد تلك الأسباب اليوم هى الظروف القاهره، و المعارك الدائره فى أمم الغرب التى أصبحت تخرب بيوتها بأيديها و عادت مدنيتها و ثقافتها وبالًا على العالم و عليها، و لو انطباع أهل العلم على سجيتها الاولى و نفسيات أرباب الفضيله و علماء الحقوق على رسلها السابق و نهجها القويم قبل هذه الأوضاع العالميه لما أهملت مهمه النقد الصحيح، مع غزاره فوائدها و عظيم منافعها و الحقيقه- كما يقولون- نبت البحث و اضرب الرأى بالرأى يبدو لك وجه الصواب، و تمام عقلك مع أخيك و العصمه و الكمال للّه وحده.

و حقاً- إن زينه الكتاب و حيلته نقده و تمحيصه، بل هو كماله و جماله، و تمامه ان يبدو عوزه و نقصه و يستقصى فليه و فحصه، سيما فى مثل مؤلفنا هذا الذى كتبناه على جرى القلم، و عفو الخاطر، من دون تجديد نظر أو نتيجه مباحثه أو مدارسه، بيد انه صدر فى مثل هذه الظروف المزعجه، و الصروف المحرجه، و أنواع المحن و الأرزاء التى تبلد الأذهان، و تطبع الإنسان بطابع الذهول و النسيان، و بعض هذا ما يكفى للغفله و السهو، و عروض الخطاء و الهفوات فكيف بما هو أعظم و أفظع؟ و لما نظرنا فيه بعد طبعه و نشره وجدنا فيه ما يجدر التنبيه عليه فأحببنا هنا الإشاره الى بعض ذلك على سبيل الحديث المستظرف و القول المستطرف، و نترك الباقى لأهل الفضل إذا نشطت عزائمهم، و حفزتهم عبقريتهم.

فمن ذلک فى (الجزء الأول) ص ۳۰ ماده [۳۴] ما حرم أخذه حرم

إعطاؤه و قـد حملنا القاعده هناك على أخذ المال المحرم فان التصـرفات فيه تكون محرمه فيحرم إعطاؤه لأنه تصـرف فيه و هذا الوجه و ان كان صحيحاً فی ذاته و لكنه ليس هو المقصود من القاعده قطعاً بل القصد غيره أومأ هو أوسع منه نظراً، و أبعد أثرا.

و الـذی يليق ان تحمل عليه من المعنى المفيـد فائده جديده- هو ان الذی يحرم أخذه كالربا مثلا أو الرشوه أو القمار و إضـراب ذلك كما يحرم أخذه يحرم أعطوه- فكما يحرم عليك ان تأخذ الرشوه يحرم عليك ان تعطيها للمرتشـی و كما يحرم عليك ان تأخـذ الربـا يحرم عليـك ان تسـتدين أو تبيع و تعطی الربا- يحرم عليك تبع وزنه حنطه بوزنه و نصف فتأخـذ زياده نصف و انه كما يحرم عليك هـذا يحرم ان تشتری كـذلك فتعطی نصف وزنه زياده و تكون هـذه القاعده قريبه الأفق من معنى أختها التاليه لها (ما حرم فعله حرم طلبه).

يعنی كمـا يحرم عليـك فعـل الربـا و الرشوه يحرم عليـك ان تطلبه من غيرك و كما يحرم عليك شـرب الخمر يحرم عليك ان تطلبه من غيرك و هكذا فی كل حرام الا ما استثنی كما سبق.

و من ذلك إهمال جمله من القواعد المهمه.

مثل قاعـده الميسور و قاعـده الحر لا يضـمن و لا يدخل تحت اليد، و قاعده (إذا اجتمع الحرام و الحلال غلب الحرام- التی و بما ترجع إلى قاعده درء المفاسد اولى من جلب المنافع.

و قاعده (الدفع أهون من الرفع) و الفرض أفضل من النفل، و ما

کان أکثر فعلًا، فهو أکثر فضلًا.

الی کثیر من أمثالها و لکن یدفع النقد فی إهمالها ان جمله منها تختص بالعبادات.

و بعضها قلیل الجدوی نادر المثال.

و من موارد النقد أیضاً ان بعض المباحث المهمه جاء البیان فیها ناقصاً مبتوراً و کان من حقه البسط و الإحاطه بالموضوع من جمیع أطرافه و عموم اقسامه.

(مثل قاعده التلف قبل القبض) فی الجزء الأول صفحه (۶۹) و حق تحریره ان یقال ان زوال المبیع أو الثمن بحیث یمتنع قبضه حقیقه أو حکما لا یخلو اما ان یکون من جهه التلف أو الإتلاف، و علی الأول، فقد اتفقوا علی ان تلف المبیع من البائع و تلف الثمن قبل إقباضه للبائع من المشتری، و النبوی المشهور «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» و إن کان واردا فی المبیع فقط و لکن الأصحاب اتفقوا ظاهرا علی إلحاق الثمن به فی الحکم و ربما یظهر هذا من روایه عقبه بن خالد عن أبی عبد اللّه الصادق سلام اللّه علیه فی رجل اشتری من رجل متاعا و أوجبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه فسرق المتاع من مال من یکون قال من مال صاحب المتاع حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته. فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله.

فان قوله «علیه السلام» حتی یرد الیه ماله ظاهر فی الثمن و انه فی ضمان

المبتاع أى المشترى حتى يوصله إلى البائع.

هـذا فى تلف الجميع امـا تلف البعض ثمنـا أو مثمنا فان كان المبيع حسب اعتبار العقلاء ذو أجزاء يتقسط عليها الثمن انفسـخ فى التـالف بنسـبته من الثمن و صـح فى البـاقى و ان كـان بنظر العرف ممـا لاـ يتقسـط الثمن عليهـا بـان يكـون ذلـك الجزء التـالف كالأوصـاف التى لاـ تقابل بالاعواض فهو موجب لخيار المشترى بين الرد و الإمساك بمجموع الثمن و يحتمل تخييره بين الرد و بين الإمساك بالأرش و يكون كالعيب الحادث قبل العقـد و ليس ببعيد هذا فى التلف قبل القبض اما التلف بعده فى زمن الخيار فقد تقدم البحث فيه مفصلًا.

هـذا كله فى التلف السـماوى اعنى القهرى [أمـا الإتلاـف] فـإن كـان المتلف هو المشترى فلا ينبغى الإشـكال فى انه كالقبض و مسـقط لضـمان البائع و يجب عليه دفع الثمن اليه قطعاً و هـذا مع علمه واضـح اما مع جهله فان كان مغروراً من البائع كما لو كان طعاماً و قـدمه إليه بصوره الإكرام فأكله و ظهر انه هو الذى ابتاعه منه فلا ينبغى الإشـكال فى انه كالتلف السـماوى مضـمون على البـائع على خلاف فيه و ان لم يكن مغروراً كما لو اكله جهلًا منه من دون ان يقـدمه البائع إليه فالقضـيه مشـكله و الحكم بأنه من ماله و انه قبض مشكل و جعل الضمان على البائع أشكل.

و دعوى انصـراف النص فى القبض الى غير هذا القبض فيكون من التلف قبل القبض فضـمانه على البائع- عهدتها على مدعيها و هى قابله للمنع.

و ان كان المتلف البائع فالمسئله ذات وجوه متعارضه بل و متكافئه

فاما الحكم بالانفساح و يكون الضمان على البائع تنزيلًا للإتلاف منزله التلف و ان مرجعهما الى تعذر الإقباض و هو ملاك الحكم سواء كان من حيوان أو إنسان بحادثه سماويه أو ارضيه، و اما الحكم بإبقاء العقد و تضمين البائع المثل أو القيمه لأن الحكم بالانفساخ على خلاف القاعده فيقتصر على مورده المتيقن و هو التلف لا- الإتلاف و يكون من باب إتلاف مال الغير الموجب للضمان بالمثل أو القيمه.

و اما الحكم بتخيير المشترى فى باب إتلاف البائع المبيع أو البائع فى إتلاف المشترى الثمن بين إمضاء العقد فيطالب بالقيمه أو فسخه فيأخذ الثمن لو أتلف المبيع أو المبيع لو أتلف الثمن.

و مدرك هذا التخيير اما ان تحقق سبب الانفساخ مع سبب الضمان يقتضى التخيير بينهما بعد عدم إمكان الجمع و اما لان التلف إذا خرج عن قاعده التلف قبل القبض صار المبيع متعذر التسليم فيثبت الخيار اما للمشترى فى تلف المبيع أو للبائع مع العكس و هو معنى التخيير بين الفسخ و استرداد ما دفع أو المضاء و المطالبه بالمثل أو القيمه و هذا هو الأوفق بالقواعد، و تجرى الوجوه الثلاثه فى إتلاف الأجنبى- هذا هو التحرير الوافى لهذه المسأله على اختصاره، و هكذا يجب ان تحرر المسائل و يكفى هذا المقدار من الملاحظه على الجزء الأول على سبيل النموذج و العنوان.

اما الجزء الثانى فقد تركنا إبداء الملاحظات فيه الى من ينشط له من أهل هذا الفن الشريف فن الفقه و علم الحقوق.

و منه نستمد التوفيق للجميع و ان يسهل لنا متابعه التأليف و النشر الى خاتمه هذا الكتاب إن شاء اللّه و لا شك انه يحتاج الى عده أجزاء اخرى فعسى ان يفسح اللّه عز شأنه فی العمر إلى إكمالها بلطفه و عناياته انه الكريم المنان و به المستعان

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ١۴٢۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز القائمية اصبهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩